GODOFREDI LVDOVICI MENKENII

IVRISCONSVLTI ET ANTECESSORIS
ACADEMIAE IVLIAE CAROLINAE
DVM VIVERET PRIMARII

OPVSCVLA,

QVIBVS MVLTA
MAXIME IVRIS CIVILIS CAPITA
AD VSVM FORI SPECTANTIA
PROPONVNTVR,

OB EORVM ET PRAESTANTIAM ET VTILITATEM
NONNVLLORVMQVE RARITATEM
IN VNVM NVNC VOLVMEN COLLECTA.

HALAE PROPE SALAM
APVD IOANNEM CHRISTIANVM HENDEL
CIƆIƆCCLXX.

VITAE RECENSIO
GODOFR. LVDOV. MENKENII

AVCTORE

EXCELLENTISSIMO

I. C. WERNSDORFIO

PROFESSORE ELOQVENTIAE HELMSTADIENSI.

Amiſit Academia noſtra primarium Iuris Anteceſſorem, GODOFREDVM LVDOVICVM MENKENIVM, eoque dolentius luget amiſſum, quod ſingulari nunc ornamento caret, quod ab eius fama doctrinaque capiebat. Quum enim non ignoraret gentis Menkeniae Iurisprudentiae antiquam celebritatem, tum in intelligebat, quanto aliis Academiis ornamento fuiſſet nomen Menkenium, tantum ſibi decoris accedere, quod GODOFREDVM LVDOVICVM haberet, quem videret auitam gentis ſuae laudem adeo tueri et amplificare noua meritorum acceſſione, vt lumine doctrinae eius magnum putaret ſibi ſplendorem conciliari.

Eruditorum aetatis noſtrae ingenia et varia merita conſideranti apparebit facile, Iurisprudentiae laudem memoria noſtra ita propriam et gentilitiam Menkeniorum fuiſſe, vt quondam inter Romanos Muciorum. His enim tam familiare olim fuiſſe ſtudium iuris accepimus, vt nemo fere eorum, quin ea arte excelleret, reperietur, atque, vt Gracchorum Craſſorumque nomen eloquentiae, Scipionum ſcientiae militaris, ſic nomen Mucium Iuris prudentiae haberetur. [a] Pomponium ICtum, de origine iuris Romani exponentem, ſi inſpicimus, tres videmus e gente Mucia viros inter principes iuris conſtituendi auctores et praecipuos legum interpretes memorari, P. Mucium, P. F. Q. N. quem dicit decem libellos de iure reliquiſſe, eiusque fratrem P. Craſſum Mucianum, et denique Q. Mucium P. F. Pontificem M. [b] Sed nimirum Pom-

a) Vid. HORAT. *Epiſt. II.* 2. 89.

b) Quem enim ante hos Mucios POMPONIVS §. 37. veterum Prudentum enumerationi inſerit, et legatum populi Romani de bello et pace Carthaginenſes miſſum memorat, Q. Mucium, eum mendoſe hoc loco legi pro Q. Maximo, abunde demonſtrauit C. A. RVPERTVS *ad Pomponii enchirid.* Nam Q. Fabium Maximum, quam ipſum ſcientia iuris inſignem CICERO dicit, principem eius legationis, nullo Mucio comitante, fuiſſe, magno conſenſu, LIVIVS, SILIVS ITAL. FLO-

Pomponius pro instituto suo, quo originem & incrementa disciplinae legitimae apud Romanos vult ostendere, eos tantum ICtos gentis Muciae nominare videtur, qui iuris disciplinam aut publice professi sunt, aut scriptis illustrarunt. Plures autem eiusdem gentis viros, et iuris peritissimos, et praecipue in respondendo auctoritatis, veterum scriptorum testimonia excutienti haud difficile fuerit ostendere. Certe P. Mucii et Crassi patrem P. Scaeuolam; horumque fratrem patruelem Q. Mucium Augurem, clarissimos legum interpretes, Cicero et Valerius Maximus celebrant, c) eademque laus in familia Scaeuolarum tam perpetua fuit, et per successiones stirpis continuata ad recentiora tempora, vt Capitolinus memoret, M. Antonium Imp. Scaeuolae Iuris periti auctoritate in iure dicundo vsum esse. d) Muciorum igitur quum singularis opera in Iure Romano condendo, emendando, amplificando, extiterit, quum eorundem variae opiniones legibus ferendis, dandis responsis, scribendo, cauendoque intellectae, digna res visa est

FLORVS, A. GELLIVS, testantur. Vt alia argumenta, quibus RVPERTI sententia stabiliatur, nunc omittamus.

c) Cicero Brut. c. 26. 58. pro Balb. c. 19. Val. Max. l. VIII. c. 12. Conf. Balduinus de Iurispr. Muc. p. 4.

d) Capitol. in Marco c. 11.

FR. BALDVINO ICto, quam singulari libello de Iurisprudentia Muciana exponeret. Neque vero iuris eximia peritia sola laus Muciorum. Praedicatur rei publicae iuste prudenterque moderandae studium, laudatur vis ingenii et bene dicendi facultas, memoratur in vsu et consuetudine ciuili summa morum elegantia et comitas sermonis. Iustitiam administrandae reipublicae vel vnum probauerit Q. Mucii P. F. Scaeuolae exemplum, qui Asiae Proconsul prouinciam tanta sanctitate et prouincialium gratia rexit, vt Asiani in eius honorem Mucia sacra anniuersaria instituerent, e) et Senatus deinceps magistratibus eam in prouinciam ituris exemplum Scaeuolae, quasi formam officii, decreto suo proponerent, f) ipsumque nomen Mucii pro Praetore iustissimo diceretur. g) Iuris promendi peritiam Mucii lumine quodam ingenii et insigni orationis elegantia commendabant, veriti, nisi artem eam oratione exaggerarent, ne operam perderent. Nam plerosque eorum Cicero inter probatos aetatis suae oratores numerat, h) et maxime Q. Scaeuolam ingenio prudentiaque acutissimum, oratione maxime limitatum atque subtilem, atque iuris peritorum eloquentissimum, eloquentium iuris peritissi-

e) Cic. Verr. II. 10. et 21. ad Att. V. 17. VI. 1.

f) Valer. Max. VIII. 15. 6.

g) Cic. Diuin. in Caec. c. 7. Capitolinus in Gord. c. 5.

h) De orat. I. 37. Brut. 26. 39.

tissimum vocat. *i*) Haec dicendi facultas summam eorum prudentiae auctoritatem et gratiam conciliabat, ita vt, quod de Crasso Muciano praesertim affirmat Cicero, *k*) et consulerentur plurimum et dicerent, tum aderat quoque mira in sermone et vsu familiari comitas, quae, plurimis veterum locis testantibus, tam propria et familiaris fuisse Muciis videtur, quam Catonibus et Scauris seueritas, hilaritas Laeliis, Crassis et Philippis vrbanitas dicitur. Etenim Q. Scaeuolam cum L. Crasso, eius aequali, contendens Cicero, fuisse in eo seueritatem, Iuris consulto dignam, docet, sed comitatem et elegantiam non minorem: *l*) alterum vero Quintum, Augurem, quum de omni facultate oratoria cum Crasso disputantem inducit, eius comitatem eximiam cum ipso loquentis sermone pingit, tum Antonii verbis collaudat, eum esse dicens, quem omnes amare meritissimo pro eius eximia suauitate debeant. *m*) Idem alio loco dissimilitudines varietatesque animorum percensens, Q. Mucium Manciam ponit inter eos; qui, quamuis praepotentes, comitate sermonis effecerint, vt vni de multis viderentur. *n*) In Muciis igitur, praeter

* 5 exi-

i) De orat. I. c. 39.
k) In Brut. c. 26.
l) In Brut. c. 70.
m) De orat. I. 55. et in Brut. 58.
n) De offic. I. 30.

eximiam iuris prudentiae laudem, ea fuiſſe videntur virtutum quaſi gentilitia bona, quae eos ad commodum reipublicae, et ad ciuilis ſocietatis recte colendae vſum, quaſi a natura factos natosque oſtenderent. Similes his, qui reipublicae litterariae lumina haud ignoret, noſtra memoria fuiſſe Menkenios animaduertat. Quorum quidem plerosque ſcimus ſic iuris publici priuatique peritia claruiſſe, vt excellerent, atque in regenda re publica, et in reſpondendo iure haud mediocris eſſent auctoritatis et loci. Etenim, vt alias transeamus, illuſtria LÜDERI, GODOFREDI LVDOVICI, IO. BVRCARDI et FRIDERICI OTTONIS, Menkeniorum nomina quis in re publica litteraria non plane hoſpes ignorat? Ex his LÜDERVS et GODOFREDVS LVDOVICVS, pater et filius, inter praecipuos iuris auctores et interpretes numerati, alter quidem collegii Iuridici in Academia Lipſienſi Anteceſſor primarius, alter in Vitembergenſi eiusdem collegii, pluriumque aliorum, aſſeſſor, magna prudentiae exiſtimatione, et ſumma nominis fama, iuri dicundo nauarunt operam. Nihil his defuit ad amplitudinem doctrinae, grauiſſimis muneribus geſtis, et magno rerum vſu ſpectatae, elegantior tamen illa Iurisprudentia, coniuncta cum antiquitatis eruditae, litterarum interiorum, et humanioris doctrinae co-

cognitione, maxime enituit in IO. BVRCARDO, et FRIDERICO OTTONE. Qui quantum ingenio et omni diuina humanaque ſcientia illuſtres fuerint, quanta eloquentiae et politioris doctrinae dederint exempla, quibus denique ſtudiis rem litterariam vniuerſam ornauerint, cum multa eorum elegantiſſima ſcripta, in vulgus edita, demonſtrant, tum maxime, quibus concinnandis operam ſuam praecipue praeſtiterunt, Acta Eruditorum, tantis nationum fere omnium ſtudiis expetita. Et viſa eſt diu Menkeniorum domus cum grauitatis et prudentiae, tum comitatis omnisque elegantioris humanitatis ſedes, quae ea floreret exiſtimatione et fama, vt, quemadmodum Muciorum olim ianua maxima quotidie ciuium reſponſa petentium frequentia, o) ſic illa doctorum hominum congreſſione et litteratiſſimis ſermonibus celebraretur.

Ex ea domo, quaſi ex aliqua Iurisprudentiae ſtirpe, generatus Noſter, GODOFREDVS LVDOVICVS, paternis, auitis, gentilitiisque ſic inſtitit veſtigiis, vt e multiplici ſtirpis ſuae laude traheret ipſe tanquam inſitum ſibi decus, et quaſi patrimonium a maioribus traditum non conſeruaret modo, ſed augeret etiam pluribus ornamentis. Scientiam quidem iuris, quam e pa-

o) Cic. de orat. I. 45.

paterna maxime disciplina, quasi Q. aliquis Mucius a Publio patre institutus, hauserat, aliarumque artium subsidio exaggerauerat Vitembergae, postea Lipsiae auditionibus frequenter habendis, et felici caussarum tractatione publicauit, eoque gradu ad celebritatem facto, mox Helmstadii amplissimos honores nactus, et pari loco, ac quondam maioris sui, constitutus auitum nominis Menkeniani famam plurimis egregiisque in Iuris prudentiam meritis amplificauit. Et quidem in iure interpretando id ostendebat ingenium, eam doctrinae copiam, vt animaduerti posset, maiorum suorum dotes ei quasi hereditate obtigisse, et iudicium in cognoscendo iure et aequo acutum, et in explanando differendoque aptam cum quadam suauitate dicendi facultatem. Valebat nimirum de Nostro, quod de Q. Scaeuola praedicat Cicero: p) Cum peracutus esset ad excogitandum, quid in iure aut in aequo verum aut esset, aut non esset, tum verbis erat ad rem explicandam in primis aptus. At quam in Muciis idem laudat comitatem sermonis et elegantiam vitae, nemo est, qui cognouerit Nostrum, quin in eo amauerit impense. Hanc enim virtutem iudicabat prudentiae ciuilis consulto in primis dignam: hac vtendum putabat ad voluntates hominum sibi conciliandas, ad iun-

gen-

p) In Bruto c. 39.

gendas amicitias, ad ipſam vitam conſociationemque humanam ſuauiter iucundeque colendam: hanc nemo expertus eſt amicorum, quin memoriam iucundiſſimae eius conſuetudinis ſancte conſeruandam et ſuauiter recolendam puter. Quo aequius nunc eſſe ducimus, Beati Viri Manibus, qui praecipua inter nos dignitate floruit, ſupremum honoris officium, quod aliis de Academia bene meritis viris ſolemus impertire, memoriamque adeo rerum laborumque ab eo ſuſceptorum, totiusque vitae bene actae, repetitam pro more, et breuiter deſcriptam, tradere poſteritati. Quam rem cum piam omnino et noſtro in B. Virum amore dignam, tum vobis etiam perutilem et iucundum fore arbitramur, Ciues, qui Doctorem et Praeceptorem veſtrum iis proſequi ſtudiis ſoletis. vt cuius doctrina adhuc profeciſtis egregie, huius porro exemplo diſcere cupiatis, atque adeo, quae ſtudia eius, qui labores, quae incrementa fuerint, nolitis ignorare.

Patriam habuit Noſter illam litterarum omnium et politioris humanitatis, tum etiam Menkeniae virtutis, ſedem Lipſiam. Hic Auus eius LÜDERVS MENKENIVS, Praeſes Ordinis Iuridici et primariae dignitatis auctoritatisque Anteceſſor, clauum tenet iudiciorum et magna

gna nominis celebritate floret: hic illius filius, GODOFREDVS LVDOVICVS, paternae aemulator laudis, matura capit incrementa dignitatis, et eo ipso anno, quo prouinciam docendi Iuris fiduciarii primus accipit Lipsiae, duodecimo huius saeculi, die XVII. Maii, GODOFREDVM LVDOVICVM, Nostrum, suscipit e CHRISTIANA MARIA, gentis Zollerae, spectatae apud Lipsienses dignitatis. Pater aliquanto post, Vitembergam euocatus, amplissimis iuris interpretandi et respondendi muneribus admouetur, et in dicasteriis eius vrbis, in summo iudicio, ad quod prouocatione certatur, Dresenensi, item in prouinciali, quod inferiore in Lusatia cogitur, iuri dicundo, quanta cum dexteritate et industria, tanta existimatione nominis, operam praestat. Vitembergae igitur Noster auspiciis prudentissimi Patris bonis litteris et liberalium artium disciplina mature imbuitur, et praeceptoribus, quos a Patre domesticos accipit, dexterrimis, GVHLINGIO, GERLACO, KLOTZIO, Artium Magistris, quos postea eruditionis eximiae fama inclaruisse nouimus, ingenium diligentiamque approbat, et optatos doctrinae progressus facit. Grauioribus studiorum curis maturus scholas Academicas adit. Philosophiae praeceptis eum impertiunt HOLLMANNVS, SCHLOSSERVS, BAVMEISTERVS,

RVS, Viri Celeb. historiarum cognitione IO. GVIL. BERGERVS, doctrina morum et prudentia ciuili MARTINVS HASSENIVS. His disciplinis praeparatus animum operamque omnem confert ad Iuris scientiam penitus hauriendam, eiusque auctores illustres et praestantissimos habet LEYSERVM, BASTINELLERVM, KRAVSIVM, IO. FRID. WERNHERVM, CHRISTOPH. LVD. CRELLIVM, et huius maxime eleganti ingenio et doctrina ita capitur, vt etiam in amoenioribus studiis magis excolendis ducem eum auctoremque sequatur. Maximum vero operae pretium, quod in Iuris prudentia pertractanda fecit, institutioni et disciplinae Patris debere se fassus est, qui eum priuatim ita instruendum poliendumque sumserat, vt doctorem Academicum efficeret. Patrem igitur non solum in auditionibus, quibus assidue interest, doctorem habet praecipuum, sed etiam in iis, quae priuatim meditatur, monitorem, studiorumque suorum moderatorem perpetuum, a quo consiliis et litterarum subsidiis quotidie iuuatur, et quicum saepe rationes de difficilioribus iuris quaestionibus confert, legumque nodos, petitis ex interiore iuris scientia argumentis, soluit. His in meditamentis et exercitiis quotidianis cum eius scientia valde accresceret, mature constituit, anno nimirum CIϽIϽCCXXXIV, periculum

culum

culum facere doctrinae, et Ordinis Iuridici doctoribus explorandum se dare, vt reportato eruditionis testimonio inter Candidatos, qui dicuntur, Iuris reciperetur. Quo impetrato scholas aperire priuatas, et Iuris alumnis copiam facere collectae ab se eruditionis occepit, ipsos vero Doctoris honores in annum vsque huius saeculi XXXVII. petere distulit. Huius enim anni die XII. Julii disputationem sollemnem et inauguralem habuit, in qua cum argumentum ab se propositum singulari indultu regio sine moderationis auxilio defendisset, et iuris peritiam iuxta ac insignem differendi iudicandique facultatem probasset abunde, a Patre, Ordinis Iuridici cum maxime Decano, Doctor Iuris vtriusque creatus est.

Iam in eo honoris gradu constitutum laudis auitae studium vlterius vocabat ad iter illud ingrediendum, quo maiorum suorum vestigia impressa essent, et paratus iam sibi egregie ab iis doctrinae praesidiis videbatur, quibus aditum sibi ad maiorem nominis famam aperire posset. Aptiorem huic proposito persequendo locum praebere videbatur Academia Lipsiensis, in qua sciebat Noster iuris interpretandi laborem Auo Patrique suo magna honorum ornamenta peperisse. Itaque eo ipso anno, quo gradu Doctoris auctus

auctus erat Vitembergae, ſtudia ſua et res ſpesque transtulit Lipſiam, et programmate, quo legem VI. Cod. de inoffic. teſtam. explicabat, publice propoſito, conſilium conſtituendarum de praecipuis Iuris ſcientiae partibus auditionum expoſuit, operamque ſuam audire volentibus profeſſus eſt. Quae res plane ad votum et voluntatem eius cecidit. Nam doctrinam Iuris ſolide et perſpicue tradere ingreſſus, cupide auditur, laudatur, at porro expeditur, vt neceſſe habeat, pluribus per diem horis audientibus operam dare. Quibus hominum ſtudiis prouectus creſcit exiſtimatione et laude, magna quotidie diſcipulorum frequentia celebratur, et horum praedicatione proſperam vbique de ſe famam ſpargit. Animum deinde ad forum adiicit, vt iuris non ſolum intelligentiam, ſed et eius ad caſus rerum applicandi peritiam probet, et anno huius ſaeculi XL. facultate cauſſas agendi in iudicio Curiae prouincialis et Senatus eccleſiaſtici impetrata, quam plurima cauſſarum patrocinia ſuſcipit, ſcienterque gerit. Itaque et ſcholis frequenter habendis, quas publicis ſaepe diſputationibus interſtinguit, ſpectatus, et multis forenſis operae experimentis praeclare cognitus, ſic elucet, vt POTENTISSIMO POLONORVM REGI, Elect. Saxon. commendatus,

tus, anno CIƆIƆCCXLVIII Ius extra ordinem in Lipſienſi Academia interpretandi munus conſequatur. Id quidem die XXIX Maii oratione ſollemni, qua *naeuos pandectarum eorumque cauſſas* exponit, publice auſpicatur, ſed diutius eo loco non manet, quum fama Menkenianae doctrinae iam inter exteros diuulgata, opinione citius Lipſiae eripitur. Nam ineunte anno CIƆIƆCCXLIX nutu SERENISSIMI BRVNSVICENSIVM DVCIS in Academiam Iuliam Carolinam euocatur, eique prouincia Iuris docendi ordinaria et locus in conſeſſu collegii Iuridici, adiuncta Conſiliarii Aulici dignitate, mandatur. Huc igitur prolixa Clementiſſimi Principis voluntate, et amplioris fortunae emolumentis inuitatus, menſe Aprili commigrat. Nouum munus aggredientem vir doctus, eius quondam auditor et diſcipulus, edita commentatione iuridica, *de actione correo, qui ſoluit, aduerſus correum non competente*, grati animi cauſſa bonis votis proſequitur, ipſe vero primordia profeſſorii muneris lectionesque ſuas programmate eleganter et acute conſcripto indicit, in quo, *merum imperium iurisdictionem criminalem non eſſe*, demonſtratur. Suſceptorum munerum labores magna alacritate aggreſſus, pari aſſiduitate et diligentia perſequitur, vt ſpem de ſe concita-

citatam ſuſtineat praeclare, et magnum Academiae decus et emolumentum afferre videatur. Flores aſſiduis iuuenum ad eius ſcholas ventitantium ſtudiis, et multiplicibus doctrinae prudentiaeque documentis famam ſui nominis auget. Succeſſibus laborum ſecunda reſpondent fata, et ſuccedente tempore nouae fiunt et honoris et fortunae acceſſiones; neque enim vel fauor hominum vel gratia Principis, merita ornantis, deeſt ad amplificandam eius dignitatem. Itaque ab infimo Ordinis Iuridici, quem primum occupat, loco, paullatim adcreſcente honore, ad ſummum peruenit, et per eosdem dignitatis gradus, ac Pater quondam Vitembergae, et Auus Lipſiae, eminet Helmſtadii. Poſt exceſſum PERTSCHII, Viri ill. in eius honores et ornamenta ſuccedit, et iuſſu SERENISSIMI PRINCIPIS Aſſeſſor Curiae Prouincialis Guelferbytanae pariter, ac Director collegii in Academia Iuridici nuncupatur, ampliora etiam munerum ſuorum praemia conſequitur. Ita ornatus vitam operamque ſuam plane huic Academiae addicit, vt diuelli ab ea nequeat, et quamquam anno CIƆIƆCCLIV locum in Ordine ICtorum Ienenſi, iterumque, et primarium quidem, in Vitembergenſi anno CIƆIƆCCLVI ſibi deſtinari intelligat, eas tamen conditiones,

 cum

cum maxime Ordinarii titulo ornatus, reiiciendas putat, et Helmſtadii conſeneſcere mauult.

Et certe ea fuerunt B. MENKENII et ornamenta et merita, vt nec eum pigere loci apud nos occupati, nec Academiam ſuppudere illius, bene de ſe meriti, potuerit. Ita enim ornauit locum ampliſſimum, vt Academiae ornamento eſſet, atque eius tum celebritatem fama nominis, tum vero commoda et vtilitates plurium generum ſtudiis laboribusque adiuuaret. Erat in eo promta alacritas ingenii, iudicium acutum, in diſſerendo concinnitas, et laboris, niſi ſubinde infirmitate valetudinis impediretur, diligens aſſiduitas, quibus rebus fiebat, vt tum in Iuris doctrina nauiter tradenda et illuſtranda, tum aliis in negotiis, quae ex vſu Academiae eſſent, felix et praeclara eius opera ſpectaretur, ſiue in Senatu Academico, ſiue in conſeſſu Ordinis Iuridici iuſtitiae conſiliique vis explicanda eſſet. Praecipua earum rerum documenta in praeſidatu ordinis ſui, et magiſtratu Academico dedit, quorum munerum illud plu-ries, hoc ſemel anno CIƆIƆCCLII geſſit, et iterum cum ordo tetigiſſet, vacationem eius, excuſata valetudine tum admodum afflicta, impetrauit. Iuris ſcientiam quantopere illuſtrare et ex-

explanere laborauerit, documento ſunt lucubrationes eius, in vulgus editae, quibus graues aliquot et controuerſas maxime iuris quaeſtiones acute ſcienterque ex interioribus legitimae ſcientiae rationibus enodauit, et multam a peritis gratiam iniit. Quantum tamen ex iis ipſis colligere licet, Ius ciuile et clientelare ſibi ſumſit Vir beatus, in quo enucleando maxime vim ingenii ſtudiumque ſuum exerceret. Indicem eorum, quae docte ab ſe ſcripta emiſit, huic ſchedio, eius memoriae dicato, ſubnectere placuit. Plura vero, nec ignobilis argumenti, partim inchoata, partim profligata et affecta, premuntur adhuc ſcriniis. Quibus cum, aliis diſtractus negotiis, vltimam adiicere manum omiſiſſet, optare ſolitus eſt, vt filius ſuus, ſi quando ea aetate et iuris intelligentia eſſet, noua perpolita cura ad renouandam ſui nominis memoriam ederet. Ex his tamen illud opus, quod *de actionibus forenſibus* inſcribitur, quum multorum ſtudiis expeti, et dudum editione dignum eſſe viſum comperit Nobiliſſima Vidua, curauit, vt opera docti viri propediem foras daretur.

Rem eius domeſticam ne omittamus, duo ſortitus eſt matrimonia, ad vitam iucunde non

minus, quam ſpecioſius agendam perquam felicia. Sed primum quidem breuius fuit. Quam enim anno CIƆIƆCCXLVII Lipſiae duxerat vxorem, materno ſibi genere cognatam, MARIANAM ELISABETAM, gentis ZOLLERAE, vix triennio interiecto, lento confectam morbo amiſit. Quod tamen defuit ad diuturnitatem fecunditatemque coniugii, nullam enim prolem ex ea ſuſcepit, id ſuauitate amantiſſimae Coniugis penſatum eſt, in qua magnum curarum laborumque leuamentum habuit. Deſiderium illius, et ſolitudinis ſuae taedium, leniendum duxit altero connubio, quod anno CIƆIƆCCLI die XXVII Octobr. cum ornatiſſimi virgine exempli LVDOVICA MARIA, patre nata ANASTASIO WITTE, Viro max. Reu. Imperialis et liberi Capituli Gandersheimenſis collega ſeniore, matre AGNESA SOPHIA GEITELIA, perauſpicato iniit. Huius coniugii Noſter, inter alia emolumenta, iucunditatem non minimam exiſtimauit, quod in vxoris ſuae Venerabili Parentum Pari Socerum Socrumque nactus eſſet, quorum in pergrandi, vegeta tamen, ſenectute, alter enim nonagenarius iam ſenex eſt, altera quintum et ſeptuageſimum annum exceſſit, priſcae integritatis et antiquae virtutis exemplar reperiret, in quibusque

que colendis cum vxore certaret adeo, vt dulcissimum hunc ipsius coniugii sui fructum reputaret. Isti quidem ex obitu Amplissimi Generi, quem dilexerunt impense, tantum acceperunt vulnus, vt propemodum pigeat viuacitatis suae, quae superstites tot carissimis suis, et maxime duarum Filiarum maritis, fecit; plurimum tamen gaudii sui atque solatii in pulcherrima nepotum stirpe reperiunt, idque et ipsis diuturnum et illibatum sit optamus. Quinque autem liberorum propaginem matrimonium B. MENKENII tulit, Anastasium Ludouicum, Sophiam Christianam Vuilhelminam, Georgium Augustum, Ioannem Carolum Philippum, Fridericam Christianam Reginam Ludouicam. Horum secundus filius quinto, postquam natus erat, die decessit.

Suauitate coniugii et rei domesticae felicitate laetum valetudo destituit, quam, continentibus fortasse laboribus labefactam, plerumque tenuem expertus est, gracili infirmoque corpore, quod pluribus fomentis indigeret, nec facile adspirationem coeli paullo grauiorem toleraret. Crebris destillationibus vexatum, et praesertim stomachi minus appetentis ciborum vitio laborantem, ineunte anno CIↃIↃCCLVIII

gna nominis celebritate floret: hic illius filius, GODOFREDVS LVDOVICVS, paternae aemulator laudis, matura capit incrementa dignitatis, et eo ipso anno, quo prouinciam docendi Iuris fiduciarii primus accipit Lipsiae, duodecimo huius saeculi, die XVII. Maii, GODOFREDVM LVDOVICVM, Nostrum, suscipit e CHRISTIANA MARIA, gentis Zollerae, spectatae apud Lipsienses dignitatis. Pater aliquanto post, Vitembergam euocatus, amplissimis iuris interpretandi et respondendi muneribus admouetur, et in dicasteriis eius vrbis, in summo iudicio, ad quod prouocatione certatur, Dresenensi, item in prouinciali, quod inferiore in Lusatia cogitur, iuri dicundo, quanta cum dexteritate et industria, tanta existimatione nominis, operam praestat. Vitembergae igitur Noster auspiciis prudentissimi Patris bonis litteris et liberalium artium disciplina mature imbuitur, et praeceptoribus, quos a Patre domesticos accipit, dexterrimis, GVHLINGIO, GERLACO, KLOTZIO, Artium Magistris, quos postea eruditionis eximiae fama inclaruisse nouimus, ingenium diligentiamque approbat, et optatos doctrinae progressus facit. Grauioribus studiorum curis maturus scholas Academicas adit. Philosophiae praeceptis eum impertiunt HOLLMANNVS, SCHLOSSERVS, BAVMEISTERVS,

s, Viri Celeb. historiarum cognitione IO. IL. BERGERVS, doctrina morum et pruden- ciuili MARTINVS HASSENIVS. His di- linis praeparatus animum operamque omnem fert ad Iuris scientiam penitus hauriendam, sque auctores illustres et praestantissimos ha- LEYSERVM, BASTINELLERVM, KRAV- VM, IO. FRID. WERNHERVM, CHRI- OPH. LVD. CRELLIVM, et huius maxi- eleganti ingenio et doctrina ita capitur, vt m in amoenioribus studiis magis excolendis em eum auctoremque sequatur. Maximum o operae pretium, quod in Iuris prudentia tractanda fecit, institutioni et disciplinae Pa- debere se fassus est, qui eum priuatim ita ruendum poliendumque sumserat, vt docto- i Academicum efficeret. Patrem igitur non im in auditionibus, quibus assidue interest, torem habet praecipuum, sed etiam in iis, ie priuatim meditatur, monitorem, studio- nque suorum moderatorem perpetuum, a consiliis et litterarum subsidiis quotidie iu- ur, et quicum saepe rationes de difficilioribus s quaestionibus confert, legumque nodos, itis ex interiore iuris scientia argumentis, sol- . His in meditamentis et exercitiis quotidia- cum eius scientia valde accresceret, mature stituit, anno nimirum CIↃIↃCCXXXIV, peri- culum

culum facere doctrinae, et Ordinis Iuridici doctoribus explorandum se dare, vt reportato eruditionis testimonio inter Candidatos, qui dicuntur, Iuris reciperetur. Quo impetrato scholas aperire priuatas, et Iuris alumnis copiam facere collectae ab se eruditionis occepit, ipsos vero Doctoris honores in annum vsque huius saeculi XXXVII. petere distulit. Huius enim anni die XII. Julii disputationem sollemnem et inauguralem habuit, in qua cum argumentum ab se propositum singulari indultu regio sine moderationis auxilio defensisset, et iuris peritiam iuxta ac insignem differendi iudicandique facultatem probasset abunde, a Patre, Ordinis Iuridici cum maxime Decano, Doctor Iuris vtriusque creatus est.

Iam in eo honoris gradu constitutum laudis auitae studium vlterius vocabat ad iter illud ingrediendum, quo maiorum suorum vestigia impressa essent, et paratus iam sibi egregie ab iis doctrinae praesidiis videbatur, quibus aditum sibi ad maiorem nominis famam aperire posset. Aptiorem huic proposito persequendo locum praebere videbatur Academia Lipsiensis, in qua sciebat Noster iuris interpretandi laborem Auo Patrique suo magna honorum ornamenta peperisse. Itaque eo ipso anno, quo gradu Doctoris auctus

auctus erat Vitembergae, ſtudia ſua et res ſpesque tranſtulit Lipſiam, et programmate, quo legem VI. Cod. de inoffic. teſtam. explicabat, publice propoſito, conſilium conſtituendarum de praecipuis Iuris ſcientiae partibus auditionum expoſuit, operamque ſuam audire volentibus profeſſus eſt. Quae res plane ad votum et voluntatem eius cecidit. Nam doctrinam Iuris ſolide et perſpicue tradere ingreſſus, cupide auditur, laudatur, at porro expeditur, vt neceſſe habeat, pluribus per diem horis audientibus operam dare. Quibus hominum ſtudiis prouectus creſcit exiſtimatione et laude, magna quotidie diſcipulorum frequentia celebratur, et horum praedicatione proſperam vbique de ſe famam ſpargit. Animum deinde ad forum adiicit, vt iuris non ſolum intelligentiam, ſed et eius ad caſus rerum applicandi peritiam probet, et anno huius ſaeculi XL. facultate cauſſas agendi in iudicio Curiae prouincialis et Senatus eccleſiaſtici impetrata, quam plurima cauſſarum patrocinia ſuſcipit, ſcienterque gerit. Itaque et ſcholis frequenter habendis, quas publicis ſaepe diſputationibus interſtinguit, ſpectatus, et multis forenſis operae experimentis praeclare cognitus, ſic elucet, vt POTENTISSIMO POLONORVM REGI, Elect. Saxon. commendatus,

tus, anno CIↃIↃCCXLVIII Ius extra ordinem in Lipſienſi Academia interpretandi munus conſequatur. Id quidem die XXIX Maii oratione ſollemni, qua *naeuos pandectarum eorumque cauſſas* exponit, publice auſpicatur, ſed diutius eo loco non manet, quum fama Menkenianae doctrinae iam inter exteros diuulgata, opinione citius Lipſiae eripitur. Nam ineunte anno CIↃIↃCCXLIX nutu SERENISSIMI BRVNSVICENSIVM DVCIS in Academiam Iuliam Carolinam euocatur, eique prouincia Iuris docendi ordinaria et locus in conſeſſu collegii Iuridici, adiuncta Conſiliarii Aulici dignitate, mandatur. Huc igitur prolixa Clementiſſimi Principis voluntate, et amplioris fortunae emolumentis inuitatus, menſe Aprili commigrat. Nouum munus aggredientem vir doctus, eius quondam auditor et diſcipulus, edita commentatione iuridica, *de actione correo, qui ſoluit, aduerſus correum non competente*, grati animi cauſſa bonis votis proſequitur, ipſe vero primordia profeſſorii muneris lectionesque ſuas programmate eleganter et acute conſcripto indicit, in quo, *merum imperium iurisdictionem criminalem non eſſe*, demonſtratur. Suſceptorum munerum labores magna alacritate aggreſſus, pari aſſiduitate et diligentia perſequitur, vt ſpem de ſe concita-

:atam sustineat praeclare, et magnum Acade-iae decus et emolumentum afferre videatur. ores assiduis iuuenum ad eius scholas venti-ntium studiis, et multiplicibus doctrinae pru-:ntiaeque documentis famam sui nominis au-:t. Successibus laborum secunda respondent ta, et succedente tempore nouae fiunt et ho-)ris et fortunae accessiones, neque enim vel uor hominum vel gratia Principis, merita or-ıntis, deest ad amplificandam eius dignitatem. aque ab infimo Ordinis Iuridici, quem pri-um occupat, loco, paullatim adcrescente ho-)re, ad summum peruenit, et per eosdem di-nitatis gradus, ac Pater quondam Vitember-ae, et Auus Lipsiae, eminet Helmstadii. Post (ccessum PERTSCHII, Viri ill. in eius hono-s et ornamenta succedit, et iussu SERENISS-IMI PRINCIPIS Assessor Curiae Prouincia-; Guelferbytanae pariter, ac Director collegii Academia Iuridici nuncupatur, ampliora iam munerum suorum praemia consequitur. a ornatus vitam operamque suam plane huic cademiae addicit, vt diuelli ab ea nequeat, et uamquam anno CIƆIƆCCLIV locum in Ordine Ctorum Ienensi, iterumque, et primarium uidem, in Vitembergensi anno CIƆIƆCCLVI)i destinari intelligat, eas tamen conditiones,

 cum

cum maxime Ordinarii titulo ornatus, reiiciendas putat, et Helmſtadii conſeneſcere mauult.

Et certe ea fuerunt B. MENKENII et ornamenta et merita, vt nec eum pigere loci apud nos occupati, nec Academiam ſuppudere illius, bene de ſe meriti, potuerit. Ita enim ornauit locum ampliſſimum, vt Academiae ornamento eſſet, atque eius tum celebritatem fama nominis, tum vero commoda et vtilitates plurium generum ſtudiis laboribusque adiuuaret. Erat in eo promta alacritas ingenii, iudicium acutum, in diſſerendo concinnitas, et laboris, niſi ſubinde infirmitate valetudinis impediretur, diligens aſſiduitas, quibus rebus fiebat, vt tum in Iuris doctrina nauiter tradenda et illuſtranda, tum aliis in negotiis, quae ex vſu Academiae eſſent, felix et praeclara eius opera ſpectaretur, ſiue in Senatu Academico, ſiue in conſeſſu Ordinis Iuridici iuſtitiae conſiliique vis explicanda eſſet. Praecipua earum rerum documenta in praeſidatu ordinis ſui, et magiſtratu Academico dedit, quorum munerum illud pluries, hoc ſemel anno CIƆIƆCCLII geſſit, et iterum cum ordo tetigiſſet, vacationem eius, excuſata valetudine tum admodum afflicta, impetrauit. Iuris ſcientiam quantopere illuſtrare et

ex-

xplanere laborauerit, documento ſunt lucubraiones eius, in vulgus editae, quibus graues liquot et controuerſas maxime iuris quaeſtiones cute ſcienterque ex interioribus legitimae cientiae rationibus enodauit, et multam a perilis gratiam iniit. Quantum tamen ex iis ipſis olligere licet, Ius ciuile et clientelare ſibi ſumit Vir beatus, in quo enucleando maxime vim ngenii ſtudiumque ſuum exerceret. Indicem orum, quae docte ab ſe ſcripta emiſit, huic chedio, eius memoriae dicato, ſubnectere plauit. Plura vero, nec ignobilis argumenti, artim inchoata, partim profligata et affecta, remuntur adhuc ſcriniis. Quibus cum, aliis iſtractus negotiis, vltimam adiicere manum miſiſſet, optare ſolitus eſt, vt filius ſuus, ſi uando ea aetate et iuris intelligentia eſſet, noa perpolita cura ad renouandam ſui nominis nemoriam ederet. Ex his tamen illud opus, uod *de actionibus forenſibus* inſcribitur, uum multorum ſtudiis expeti, et dudum ediione dignum eſſe viſum comperit Nobiliſſima Vidua, curauit, vt opera docti viri propediem oras daretur.

Rem eius domeſticam ne omittamus, duo ortitus eſt matrimonia, ad vitam iucunde non

minus, quam ſpecioſius agendam perquam felicia. Sed primum quidem breuius fuit. Quam enim anno CIƆIƆCCXLVII Lipſiae duxerat vxorem, materno ſibi genere cognatam, MARIANAM ELISABETAM, gentis ZOLLERAE, vix triennio interiecto, lento confectam morbo amiſit. Quod tamen defuit ad diuturnitatem fecunditatemque coniugii, nullam enim prolem ex ea ſuſcepit, id ſuauitate amantiſſimae Coniugis penſatum eſt, in qua magnum curarum laborumque leuamentum habuit. Deſiderium illius, et ſolitudinis ſuae taedium, leniendum duxit altero connubio, quod anno CIƆIƆCCLI die XXVII Octobr. cum ornatiſſimi virgine exempli LVDOVICA MARIA, patre nata ANASTASIO WITTE, Viro max. Reu. Imperialis et liberi Capituli Gandersheimenſis collega ſeniore, matre AGNESA SOPHIA GEITELIA, perauſpicato iniit. Huius coniugii Noſter, inter alia emolumenta, iucunditatem non minimam exiſtimauit, quod in vxoris ſuae Venerabili Parentum Pari Socerum Socrumque nactus eſſet, quorum in pergrandi, vegeta tamen, ſenectute, alter enim nonagenarius iam ſenex eſt, altera quintum et ſeptuageſimum annum exceſſit, priſcae integritatis et antiquae virtutis exemplar reperiret, in quibusque

que colendis cum vxore certaret adeo, vt dulcissimum hunc ipsius coniugii sui fructum reputaret. Isti quidem ex obitu Amplissimi Generi, quem dilexerunt impense, tantum acceperunt vulnus, vt propemodum pigeat viuacitatis suae, quae superstites tot carissimis suis, et maxime duarum Filiarum maritis, fecit; plurimum tamen gaudii sui atque solatii in pulcherrima nepotum stirpe reperiunt, idque vt ipsis diuturnum et illibatum sit optamus. Quinque autem liberorum propaginem matrimonium B. MENKENII tulit, Anastasium Ludouicum, Sophiam Christianam Vuilhelminam, Georgium Augustum, Ioannem Carolum Philippum, Fridericam Christianam Reginam Ludouicam. Horum secundus filius quinto, postquam natus erat, die decessit.

Suauitate coniugii et rei domesticae felicitate laetum valetudo destituit, quam, continentibus fortasse laboribus labefactam, plerumque tenuem expertus est, gracili infirmoque corpore, quod pluribus fomentis indigeret, nec facile adspirationem coeli paullo grauiorem toleraret. Crebris destillationibus vexatum, et praesertim stomachi minus appetentis ciborum vitio laborantem, ineunte anno CIↃIↃCCLVIII

grauior vis morbi perculit, quae, tumescentibus iam pedibus, dirum hydropa minari videbatur. Sed tum quidem releuatus hoc malo, et praesenti vitae periculo ereptus est prouidentia Dei singulari, et indefessa Experientissimi D. BLVHMII, Medici Gandersheimensis, cura, cui post Deum salutis suae conseruationem debere gratus professus est. Et reuocatae iam vires ita erant, vt domi forisque solita obire negotia, nulla insigni debilitate retardatus, posset, nisi quod inueterati mali, quod hypochondricum vocant, motiunculis subinde tentaretur. Accidit autem inter haec singulari fato, vt ineunte anni CIƆIƆCCLX auctumno, carissima Ipsius Vxor globo plumbeo, qui e minori explosus erat sclopeto, ad collum transfigeretur, grauissimumque vitae periculum subiret, cui sola diuina prouidentia lectissimam matronam eripuit. Ea tamen domestica calamitate ita afflictus est Noster, vt ex eo statim tempore pristinae aegritudines, cachexia hypochondriacumque malum, grauiter recrudescerent, parum tantummodo subinde medica ope sopitae. Quae quamquam superiore aestate inualescerent rursus, grauiusque instare viderentur, ille tamen, collecto quod reliquum erat virium, obnixus operam

operam dedit, vt coeptos labores, et praesertim institutas praelectiones Iuridicas, rite perduceret ad finem. Inter haec litteras accipit de morte carissimi Fratris sui LEONHARDI LVDOVICI, ICti et Senatoris in ciuitate Vitembergensi primarii, quem inter infandas patriae calamitates perpetuis curis contentionibusque adtritum atque confectum praematuro succubuisse fato intelligit. Hoc nuntio factus subtristior, dum recogitat, vnum se ex omni germanitate sua nunc superstitem, hoc corpore suo tam caussario et affecto, vix tantillum abesse a morte: ereptum Fratrem suis, et se eripiendum breui: quid tandem futurum cum gente desolata, quid cum familia suis orbata praesidiis; haec saepius voluens animo, dum veluti in conspectu funeris fraterni diutius haeret, et infixum altius dolorem tacitus circumfert, hoc ipso latentis mali vim mortiferam acuit, et ipse praesagire sibi grauiora incipit. Et ineunte mense Octobri tanta vis morbi adorta est, respiratione difficili, corruptis pulmonibus, aucto stomachi fastidio, et humore pituitoso grauius vrgente, vt iam non debilitari sensim et frangi viribus, sed abiici plane prosternique videretur, et paucos intra dies emaceratus penitus et

tabe confectus esset. Tam afflictis in rebus tantum quidem aegroto collegae et amico, qui frequens aderat, Experientissimus D. HARTMANNVS praestitit, quantum vel ab arte et prudentia auxilii, vel ab humanitate et amicitia eius exspectari officii posset. Quin, ne quid intentatum reliquisse anxia pro salute Viri probatissima Vxor videretur, ipsius Illustris WERLHOFII, Archiatri in aula Hanouerana celebratissimi, consilium per litteras explorandum duxit, et perscribendo aegroti statu ipse humanissimus HARTMANNVS manum operamque commodauit. Sed superius scientia et facultate medendi ipsum malum erat, iamque omnia in peius ire, imminere propius fatum videbatur, quod Consultissimum Virum daret exitio. Itaque tutius praesidium salutis a medicina mentis petiit, et abiecta rerum humanarum cogitatione animum, sibi constantem, excitauit ad Deum et Seruatorem suum, eumque diuinis expiatus remediis, sumto sacro sancto salutis pignore, confirmauit. Ita refectus, et spe in solo coelo defixa, mortem non extimuit, sed eam, paratus ad exeundum de vita, et diuino se permittens arbitrio, summa aequitate animi et religione exspectauit. Reliquum, quod superabat,

rabat, vitae religiosis meditationibus exegit, et res in primis erat pietatis plena, quum paucis ante excessum horis, conuocatis liberis suis, nomine Dei quam religiosissime inuocato, saluberrima vitae ex mandatis diuinis instituendae praecepta impertiret, singulis gratiae benignitatisque diuinae fructum vberrimum apprecaretur, et denique impensissimis sanctissimisque precibus spiritum suum, iam fugientem, Deo Seruatori commendaret. Sic obitu bene praeparato, inter sacerdotum religiosissimas precationes, et familiae afflictissimae lacrimas, integerrimis sensibus, reddito placide spiritu, acquieuit die XXIV Octobr. hora fere sexta vespertina, quum vixisset annos L, menses V, dies VII.

Nos Viri beati Manibus, de Academia, de re publica, de diuino humanoque iure optime promeriti, bene precamur, et Deum, quaesumus immortalem, vt summi acerbitatem doloris, quo Vxor, spectatissimi matrona exempli, maritum multo coniunctissimum, quo liberi, optimae indolis et praeclarae spei, indulgentissimum Patrem, quo Socer et Socrus, aetate virtuteque venerabiles, Generum desideratissimum, prosequuntur, multa consolatio-

nis

nis diuinae dulcedine mitiget, et fortunam, nunc afflictam, nobiliſſimae Domus rebus porro ſecundiſſimis ornet. Vos autem, Ciues, non dubitamus, quin pro honore, quo Illuſtris MENKENII decora coluiſtis, nunc eius extincti memoriam beneuole prorogare et decora praedicatione exornare ſtudeatis. Summa laudis eius, quam proponere vobis hac ſcriptione paullo accuratius voluimus, eſt vitae cum dignitate actae praeclarus beatusque exitus. Hanc ita vobis proponite et imitamini, vt et inſtrumenta vitae, bene vtiliterque agendae, paretis mature, et e vita praeclare acta exitum aliquando laetum piumque ſortiamini.

SERIES

SERIES

OPVSCVLORVM.

VI.

XIII. *De*

Diss.

I.

DISSERTATIO

DE

POENA PRIVATIONIS FEVDI

IN VASALLVM DOLO VEL NEGLIGENTIA INVESTITVRAE RENOVATIONEM NON PETENTEM LEGIBVS STATVTA.

§. I.

Quantae, successu temporum, qualitatis feudorum subsecutae sint vicissitudines, latius patet, quam vt vberiori expositione rem opus sit expeditam reddere. Ast si vllum in legibus, feudorum causa sancitis, argumentum in varietate versatum reperimus, succedendi certe ordo, omnium maxime commutationibus turbatus est. Ab vltima antiquitate rem qui repetit, intelligit, ex textu *1.Feud. 1. §. 1.* tantis circumscriptum fuisse limitibus feudi vsum, vt proxime formam precarii, (cuius iure ciuili mentio iniicitur, *tit. Dig. de pr. car.*) qua concedenti, nulla iustitiae causae habita ratione, suo arbitrio illud reuocandi potestas datur, accesserit. Ambiguum itaque et anceps reddebatur vasalli ius, qui neque per diei spatium tutus possessione sua fruebatur, perpetuo feudum amittendi periculo circumdatus. Hinc leges postmodum hanc acerbitatem, illam iniquitatem consuetudinis temperarunt, intra annum domini auferendi facultatem reprimentes. Quo elapso, non quidem ipso iure vinculum feudale dissoluebatur, domino tamen, quocumque ipsi libuerit tempore, feudum vasallo eripere, permissum erat. Subsequentibus vero temporibus, maiora in dies iura vasallorum capiebant incrementa, quum statueretur, ad vitae vsque exitum penes eum, fidelitatis leges sanctae ac pie obseruantem, remanere debere feudum. Et quamuis ab initio ad vasallum solummodo redundauerit emolumentum, eo autem extincto, e vestigio ad dominum redierit feudum; postea tamen eorum heredibus quoque variis prospectum est legibus. 1.

 Feud.

Feud. 1. *ff.* 1. & 2. Ac primum quidem filiis ius feudum post mortem patris capiendi tributum, ita tamen, vt non omnes superstites relicti, aequali sibi successionis commodum vindicare potuerint, sed ille solum possessionis particeps redderetur, quem dominus, ex eis, in vasallum adoptaret. Deinde vero illud ius, non in filios solum, aequali ratione, eligendi domino facultate adempta, sed et in cuiuscumque gradus descendentes masculos infinite deriuabatur. Id quod tandem ad omnes e latere iunctos agnatos, non attenta, quae ante constituta erat, gradus septimi definitione, extensum est, vti hoc *allegg. textus* confirmant. Equidem haud ignoro, quorumdam spinosas subtilitates, quibus se implicant VVLTEI. *Lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 102. HOTTOMANN. *disput. feudal. cap.* 18. *seq.* HARTMANN. PISTOR. *lib.* 2. *quæst.* 19. *n.* 41. *vsque ad fin.* GAIL. *lib.* 2. *obseru.* 154. *n.* 3. existimantium, successionis feudalis ordinem vnice dimetiendum ex primo adquirente esse, quumque omnes, qui sibi quid iuris in feudo arrogare volunt, ab eo sanguinem ducere debeant, *a.* 1. *Feud.* 8. 2. *Feud.* 31. & 50. nullum, a latere agnatorum, locum inuenire posse successionem. Hinc, quamuis vltimo defuncti vasalli ratione habita, collaterales videantur, eosdem tamen tamquam descendentes, intuitu illius, qui primam impetrauit inuestituram, considerari debere, contendunt. At neque hae subtiles meditationes, neque textus producti, animum meum a priori sententia reflectunt. Proximiorem enim agnationem in successione feudali peruestigaturus, illius personam et lineam potissimum in considerationem vocare necesse habet, ad cuius hereditatem

tem adſpirant, minime vero, a quo primum duxerunt ortum. Ac praeter ea, ipſae quoque leges, quae fulcrum praebere huic opinioni debent, ita ſunt comparatae, vt eamdem labefactent potius, ac refellant. Maxime, ſi mentem applico ad 2 *Feud.* 50. in quo luculentiſſimis verbis ſancitum: *Ex latere omnes per maſculos deſcendentes ſuccedere in feudo paterno* iunct. 2. *Feud.* 11. & 31. Res ipſa contra loquitur, et expediti iuris eſt, infirmitas memoratae ſententiae. Relicturus itaque hos aculeos, ac hoc totum tortuoſum innouandi genus, coronidis loco incongruum ex iſta hypotheſi deriuare licebit. Quodſi enim hoc effatum errore non laboraret: omnes, qui in feudo ſucceſſionis ius habent, deſcendentium loco eſſe, prono defflueret alueo, in ſucceſſione feudali minime diſpiciendum, quo gradu vnus agnatorum alterum antecedat, ſed omnes, cuiuscumque exiſtant gradus, ad eam aequaliter eſſe vocandos; cum ius repraeſentandi, in deſcendente linea, infinite ſe diffundat. Iam vero, proximiorem agnatum remotiorem excludere, in feudis aeque ac in omni hereditate, clare ex 2. *Feud.* 11. & 50. conſtat.

§. II.

Sedulo tamen cauendum, ne in eam incidamus ſententiam: proximitatem gradus vnice in ſucceſſionibus ponderandam eſſe, ducti forſitan ciuilis iuris diſpoſitione. Tantum enim in hoc argumento, feudalia iura & allodialia intercedit diſcrimen, vt nulla commode inſtitui poſſit exaequatio. Non graduum pxopinquitatis ſolum, ſed linearum quoque ineunda eſt ratio. Hinc fit, vt ille, qui ex eadem

linea defuncti vasalli ortum ducit, remotissimus vel maxime, alteri propiori, in successione praeferatur: ea obseruata regula: quod, quousque ex linea mortui vasalli supersunt agnati, alii, diuersae lineae, non admittantur. *2. Feud.50. & 95.* STRVV. *cap.9. aph.7. n.3.seqq.* MAIER. *cap.6. §.26.* Exemplo rem illustrabo. Relinquit vasallus patruum & fratris nepotem. Quaeritur, ad quem feudi perueniat successio? Certissimum, si gradus saltem contemplemur, patruum iure suo deposcere, vt nepoti fratris anteponatur, siquidem computatione instituta, vno gradu proximior est; sed priori accommodata regula, facillime elucescit, patruum ad hereditatem adspirare non posse, quam nepoti leges destinarunt. Hanc opinionem cum ipsi, collateralem in feudis successionem extirpantes, VVLTEIVS *lib.1. cap.9. n.112.* & HOTTOMANNVS foueant, mente ac cogitatione non assequor, qua ratione, comparata priori cum hac assertione, se a contradictione liberare possint. Haud tamen pauci sunt, qui, quoad hunc ipsum casum, dissentiant, auctoritate magis sua, quam legum auxilio muniti, inter quos ROSENTH. *cap.7. concl.57. n.8.* emicat.

§. III.

Tametsi autem hactenus adducta abunde confirment, ordinem ac praerogatiuam succedendi, non ex ea, quae primam dedit feudo caussam, persona pendendum esse; illud tamen omni dubitatione vacat, ipsum ius, vel descendentibus, vel aliis agnatis, in legibus impertitum, ex iure sanguinis a primo adquirente deriuato, tamquam fonte suo promanere

nere *2. Feud. 31. in fin.* CARPZOV. *Part. 3. Const. Elect. 29. def. 4.* Congrua exinde conficitur regula: nullum, qui ab eo non descendit, quamuis eius agnatus sit, successionis in feudo capacem esse. Diuersissima enim sunt, agnatione alicui iungi, & ius agnationis seu sanguinis ex aliquo ducere. Ponamus ergo, Caium, primum adquirentem, relinquere filium Iauolenum & fratrem Sempronium, Iauolenum, deuoluto ad eum feudo, exire vita, sine descendentibus masculis, num Sempronius Caii frater sibi vindicabit successionem? Nullo iure. Agnatus quidem est, sed non talis, qualem feudalia exposcunt iura, ex illius scilicet sanguine ortum. *2. Feud. 11.* Ex quo vna redundat, duplicitatem vinculi & coniunctionis, in allodialibus summum producentem effectum, potiora non efficere iura, quum satis sit cognationem, ex fonte quaesitam, aliquem habere. CARPZOV. *alleg. loc.*

§. IV.

Quid itaque Longobardorum obtineat consuetudinibus, excussis aliorum erroribus, intelleximus, earumdemque in Germaniae quoque terris vim & autoritatem propagatam esse, euidenter constat. Ast quum suam obligandi potestatem, ex sola libera receptione nactae sint, haec vero, saluis legibus domesticis, in subsidium tantum facta censeantur, iuribusque, specialiter introductis, rigoris nihil intercipiat, SCHILT. *diss. de inuestit. Princ. Imp. simult. cap. 3. §. 3.* HORN *iurispr. feud. cap. 1. §. 37.* hinc in Saxonia ius illud successionis numquam radices egisse, tanto latius patet, quo certius sancitum, neminem

in Saxonia, quocumque gradu consanguinitatis constitutus sit, ad successionem admitti, nisi simultaneam acceperit inuestituram; quam in solatium pristini amissi iuris adinuentam esse, testatur SCHILT. *cit. diss. cap. 2. §. 1.* CARPZOV *part. 2. Const. Elect. 45. def. 13. n. 4. & 5.* Illud autem haud paucis mirum videbitur, me generaliter fontem successionis Saxonicae in simultanea inuestitura quaerere, quum tamen omnes fere DD. vnanimi conspirent consensu, ratione descendentium, nullum Ius feudale Longobardicum & Saxonicum intercedere discrimen, illisque ex sanguinis vinculo adhuc competere successionem. Ast illorum in sententiam discessionem facere, varia me retardant. Si enim in ipsam descendentium successionem considerationem intendo, intelligere mihi videor, quod, quum Saxoniae leges peculiarem liberis praerogatiuam prae reliquis agnatis, impertierint, necesse quoque sit, ICtum de eo laborare, vt singularem huius sanctionis peruestiget rationem. Eam vero in iure sanguinis quaerens, oleum ac operam perdit. Illud enim descendentibus aeque atque aliis agnatis commune est. Vbicumque autem eadem prostat iuris ratio, ibi eadem quoque obtinet dispositio. Vnde itaque potius liberorum ius in feudo, ex illo principio, demonstrabis? Sed grauis forte defensor prioris, erroribus expletae sententiae, existimabit, abundans esse, omnibus vestigiis hoc indagare, quum sufficiat, leges, per priuilegium quasi, antiquum liberorum ius redintegrare voluisse; munitus *L. 20. ff. de LL. quod non omnium, quae a maioribus tradita sunt, ratio reddi possit.* Speciem aliquam prae se fert, fateor, quae tamen thesi fuca-

tum

tum saltem praesidium adfert, iurisconsultoque exiguum ornamentum praebet. Ipse auidior sum, omnia diffidiorum pericula subire, quam in hunc ignorantiae portum meam caussam conferre.

§. V.

Dixi, stirpem omnis successionis Saxoniae in feudis esse simultaneam inuestituram. Haec autem diuersa ratione ponderanda, ne liberorum et agnatorum iura temere confundamus. Hinc, quo faciliorem distinctioremque huius rei intellectum parem, simultaneam inuestituram in duas dispertiam partes; quarum alteram tacita, alteram expressa absoluit. Tacitam significo inuestituram, vbi expressis quidem verbis voluntas, alii, praeterquam qui inuestituram accepit, ius in feudo tribuendi, non explanatur, legis tamen praesumtione elicitur. Et huiusmodi tacitam in descendentibus cernimus, qui, etiamsi ipsorum nominatim mentio in inuestitura non facta, lege comprehensi censentur. In testimonium adserti mei voco, ex Longobardorum consuetudinibus, *text. 2. Feud. 18.* vbi verba: *Vnusquisque sibi suisque heredibus prospexisse videtur*, abunde demonstrant, Longobardos quoque, praeter agnationem ad tacitam simul factam inuestituram respexisse. Hinc sublato licet iure sanguinis in Saxonia, illud tamen, ex inuestitura profectum, illibatum remansit. Apparet hoc manifeste ex *Const. El. ined. 1. §.* vergleichen. Quum enim variae, circa laudemii argumentum, a DD. excitatae fuerint controuersiae, a quibus personis laudemium, & an a liberis quoque praestandum; hac sanctione liberi superstites solutione eius laxati sunt,

 an-

adnexa ratione: Weil sie in der vorigen Investitur mit begriffen. Atque haec peculiaris ratio praerogatiuam fundat descendentium, siquidem indubitatum est, illos, qui in principali inuestitura continentur, aut minimum pro comprehensis lege habentur, aliis, ex minus principali, & ad formam feudi nullatenus necessaria, inuestitura, ius suum deducentibus, debere anteponi. Id quod vberrime exponit *IVS SAXON. FEVD. cap. 6.* Welcher Mann keinen Sohn hat, der erbet die Gewehr des Guthes an seinen Herrn, & *cap. 21. 22.* Cuius *textus* verba: Und er erbet gleichwol das Guth auf seine Kinder; vna euincunt, quam sinistre quidam DD. subtilem suum applicauerint animum, dum vocabulo Sohn, in priori *textu* inuento, commoti, eam exsculpserunt sententiam: filiis, minime vero aliis descendentibus, hoc ius vindicandum esse; quem errorem dudum emendarunt SCHILT. *ad cap. 43. iur. feud. Alem. §. 3.* CARPZOV. *Part. 2. Const. Elect. 45. def. 12.* Confirmat quoque a me prolata, *IVS FEVD. ALEM. cap. 43.* Es erbet niemand Lehn, wenn der Vater auf den Sun. *i. cap. 65.*

§. VI.

Argumentorum spero me tantum attulisse, quantum satis ad conuincendum lectorem, Saxoniam omne ius agnationis, vberrimi alias fructus, respuere, descendentibusque ex principali feudi inuestitura succedendi potestatem largiri. Ex quo resultat, reliquis agnatis in successione feudi nullum relinqui locum. Leuationem tamen postmodum leges Saxoniae illis adtulerunt, nouum recuperandi antiqua

tiqua iura remedium tribuentes, simultanea scilicet inuestitura expressa, qua, domini ac vasalli voluntate, denuo spem, feudum decedente vasallo sine descendentibus, adquirendi, nanciscuntur. Hoc vero si sibi non consuluerunt modo, ab omni successione iure meritoque arcentur. Euolue eo nomine, praeter iam *laudatos textus* in §. anteced. *cap.* 22. des Lehn-R. verb. Es sey dann, daß einen jeden ꝛc. it. Torgauisch. Ausschr. *d. a.* 1583. *rubric.* Welchergestalt die Agnaten und Mitbelehnten ꝛc. §. dieweil in solchen Zweiffel. I. §. Und dieses alles soll nicht allein.

§. VII.

Quanta itaque inter ius feudale Saxonicum & Longobardicum, ratione modi succedendi, sit distantia, facillimo negotio ex iam adlatis explanari poterit. Hoc enim, agnati ex sanguine, a primo adquirente deriuato, tantopere munitum nacti erant ius, vt dominus illud nullo modo labefactare ac extenuare, multo minus plane eripere ipsis alienatione aut alio modo in extraneum transferendo, potuerit. 2. *Feud.* 39. Ast, per simultaneam inuestituram, ex beneficio solum domini, succedendi potestatem tenent, eoque nomine in libero eius reposítum est arbitrio, vtrum a vasallo nouo, intra legitimum tempus, praesentatos, suscipere velit, nec ne; cum inuito domino nouus vasallus obtrudi nequeat. 2. *Feud.* 12. verb. *ne forte inuitus dominus aliam, quam quem voluerit, sibi adquirat vasallum.* Torgauisch. Ausschreib. *cit. lit.* §. jedoch. *Mand. d.* 6. *Iul. Ao.* 1622. §. Wie nun aber solches ꝛc. HORN *cap.* 12. §. 28. CARPZOV.

ZOV. *lib. 6. resp. 74. n. 14.* Vsque adeo, vt in hoc actu nudae voluntatis, & meri beneficii nec caussas, denegatae inuestiturae, allegare necesse sit. HARTM. PIST. *lib. 2. qu. 44. n. 12. seqq.* Multo magis, quum certissime constet, dominum extraneum quoque nullo agnationis vinculo coniunctum; agnatis anteferre posse. *cit. Auth.* Secundo illud etiam diuersitatis interest, quod nulla graduum praerogatiua in simultanee inuestitis adtendatur, sed omnes intuitu successionis sibi inuicem exaequentur. Habent enim idem ius ex inuestitura petitum, MATTH. BERLICH. *part. 2. concl. 53. n. 60.* ac consequenter eodem fruuntur commodo. Excepto saltem casu, si litteris inuestiturae verba: nach rechter Sipzahl, inserta, quo facto, graduum aeque ac linearum ineunda est ratio. CARPZOV. *Part. 3. Const. Elect. 29. def. 9.* BERLICH. *cit. l. n. 61.* Haud vero existimandum, hac clausula adiecta, ius succedendi, ex inuestitura dependens, ad agnationem translatum esse. Remanet idem ius, ordine saltem ad inaequalitatem redacto.

§. VIII.

Quo ergo clarioribus argumentis elucet, descendentes, ac reliquos agnatos, successionem benignitati domini acceptam referre debere, eo certius consequitur, summa cum animi sollicitudine in id eis incumbendum esse, quo, praestantissimi, in ipsos collocati, beneficii memoriam, sancta ac grata mente recolant, eoque se pietate, obsequio, ac reuerentia dignos efficiant. *Nihil enim est tam inhumanum*, inquit CICERO *in Orat. pro Cn. Plancio*

cap.

cap. 33. tam immane, tam ferum, quam committere, vt beneficio non dicam indignus sed victus esse videare. Quae quum ita sint, tanto arctiori vinculo deinctos eos intelligimus ad fidelitatis leges, modumque, vel inueterata consuetudine, vel domini directi voluntate, praefinitum, accurata obseruatione explendum. Inter haec, quae feudorum iure vasallo praestituuntur, haud vltimum occupat locum renouatio inuestiturae, cuius petitione vasallorum iura conseruantur, ac confirmantur.

§. IX.

Est enim renouatio actus solemnis, quo, ius in feudo legitime quaesitum, ob mutationem domini, vel vasalli denuo confirmatur, praeuia vasalli petitione. Hinc diuortium facere cogor ab eorum sententia, qui, ad originem huius renouationis ingenium suum applicantes, e longinquo arcessendum ortum, duxerunt. Ex antiquissimis nimirum temporibus, quibus, demortuo vasallo, totum feudale vinculum dissoluebatur, vid. supra §. I. descendentibusque, vt & aliis agnatis, nihil iuris in feudo competebat, nisi noua inuestitura illud a domino impetrauerint. Sentiunt ita ROSENTH. *cap. 6. concl. 29. n. 10.* & illum adfectans STRVV. *Syntagm. iur. feud. cap. 10. aph. 1.* Ingenue fateor, me, omni nauata opera, huc vsque nexum huius deriuandi rationis introspicere, nondum suffecisse. Diuersissima enim sunt, de nouo alicui, quod iure exigere non poterat, tribuere: noua nempe inuestitura, et confirmare ex necessitate pristina comparata iura, quod fit renouatione inuestiturae. Vti itaque palam est, a diuersis ad diuersa

uersa nullum procedere argumentum, ita haec ex-torta originis deductio non potest non naeuis laborare, atque abundare. Haud tamen spernendas existimo, a ROSENTH. *d. l.* introductae renouationis, commemoratas caussas, ex quibus duas saltem, pondere reliquas antecellentes, tradam. Prima consistit in eo, quod fidelitatis iuramentum sit personale, ideoque, siue promittentis, siue eius, cui promissio facta, mutetur persona, reiterari debeat; nihil obstante, quod vasallus pro se & suis heredibus, aut domino, & eius successoribus iurauerit. STRVV. *cap. 10. aph. 5. n. 5.* Et quamuis haec ratio quibusdam feudis, quae non iurata, ob necessitatem fidelitatem praestandi remissam, vocantur, *2. Feud. 24. §. 1.* accommodari nequeat; altera tamen laxior priori, omnibus feudis communis, DD. vnanimi fere consensu confirmata est: quia scilicet renouationis petitio singularem reuerentiae ac deuotionis habet significationem. Illa vero dominum colere, vasalli arctissimo fidei vinculo constringuntur, eoque nomine, inuestituram impetrare intermittentes, *ingratitudinis* damnantur. *2. Feud. 24. pr.* Atque hac certe nulla extantior reddi potest caussa. Quid enim est, quod praestantius, praeclariusque iudicemus piae religionis vasalli argumentum, publice se fidelem profiteri ei, a quo tam splendido exornatus est beneficio? Ipsa sollemnia efflagitandae renouationis, tum in *IVRE FEVDALI ALEMANNICO cap. 43.* tum *SAXONICO cap. 22.* praescripta, luculento sunt testimonio, omnia ad obseruantiae testificationem esse composita. Ac eadem praeprimis caussam dedit Sanctioni SERENISSIMI PRINCIPIS ELE-

ELECTORIS, IOH. GEORGII I. *d. a. 1647. d. 4. Octobr.* qua omnibus vasallis, prima vice, sacramentum fidelitatis, non vti commune Longobardicum Ius permittebat, per procuratorem, *2. feud. 3. cap. 1. vers. sed vtrum. 2. Feud. 58. item sciendum,* sed in propria persona iurandi, imponitur necessitas, verb. Und es dannenhero zu mehrern, bessern, und beständigern Respect und Nachdruck diente, wann das *iuramentum fidelitatis* von denen Lehn-Leuten persöhnlich und also bedächtig und wissentlich abgeleget würde. iunct. *Mand. d. a. 1657. d. 1. Jun. §.* Und anfänglich zwar. *Mand. d. a. 1681. d. 24. Februar. d. a. 1691. d. 12. Nouembr. §§is iisdem.* Addam his caussis adhuc vnam, non exigui, vt iudico, momenti, Saxoniae potissimum ratione habita. Quod hoc remedio princeps omnibus partibus expletam notitiam, qualitatis ac conditionis feudi, progressu temporis vel adauctae, vel deprauatae, consequatur. Quem in finem *Mand. de a. 1657. d. 21. Sept. §.* Wann wir dannenhero, curatissimam praediorum, ad feudum pertinentium, nec non *de a. 1651. d. 12. Nouembr.* simultanee inuestitorum, ac possessorum fundorum feudalium, consignationem, sub graui animaduersione, exposcunt.

§. X.

Quod ad tempus adtinet, intra quod vasallus deuotionem suam inuestituram petendo, offerre necesse habet, Iure Longobardico annum & diem praefinitum esse, ex *textu 2. Feud. 24. 40. 52. & 55.* liquet. Equidem me non praeterit, quanto opere DD. *arg. 1. Feud. 22.* vbi annus & mensis determinatus, ingenium

nium suum exacuerint, ac fere dilacerauerint, *hos textus* conciliandi modo. Tot enim tantasque excitarunt dissensiones, vt facilius sit initium quam exitum reperire. Omnibus tamen anteponenda mihi eorum videtur sententia, qui in *textu 1. Feud. 22.* peculiare priuilegium vasallo, rei militari dedito, concessum esse, confirmant. Communem hanc opinionem vocat VVLTEI. *lib. 1. cap. 7. n. 61.* & ratione quoque fulcitam deprehendo. Maiora enim, frequentioraque militem interpellare possunt impedimenta, quo minus debito suo, ex voluntate, satisfaciat officio, & quo saepius ex improuiso accidunt, eo magis quoque aequitati conueniebat, rigorem legis paullulum moderari, laxiusque spatium vasallo militi, indulgentia digno, largiri. Hinc quamuis vocabulum militis, in aliis iuris Longobardici locis latius pateat, omnibusque vasallis applicetur, hoc tamen nihil prohibet, quo minus, diuersitatis sese offerente ratione, militem a vasallo seiungamus. Illam enim, primis feudorum in cunabulis, a clientulo requisitam, ad militiam subeundam, aptitudinem, incedentibus temporibus, non adeo rigide obseruatam fuisse, ex eo elucescit, quod clericus quoque, quem arma certe militaria non decent, capax habeatur inuestiturae feudalis. *2. Feud. 40. §. item si clericus.* Alii aliter sentiunt. Mihi hoc placet conciliandi arbitrium. Quod si cuidam non probabitur, eligat ex aliis opinionibus, quarum cumulum exhibet BITSCH. *ad 1. Feud. 22.* & FINKELTH. *disp. feud. 7. controu. 16.* ingenio suo accommodatiorem.

§. XI.

§. XI.

Non magis, Saxonico Iure, haec temporis definitio difficultatibus vacat. Illud certissimum habemus ex Lehn-R. *cap. 22. & 25.* & *IVRE FEVDALI ALEMANNICO cap. 15.* quod inuestitura petenda sit intra annum & diem, Jahr und Tag. Ast quantum temporis spatium haec verba contineant, in controuersiae alea positum est. Si ad obseruantiam, summum illud oraculum, te confers, caussaeque decisionem efflagitas, indubitatam, ex tripode quasi dictam, habebis responsionem: anno sex septimanis & tribus diebus hunc terminum absolui. Consulas eo nomine MATTH. BERLICH. *part. 5. concl. 69. n. 25.* CARPZOV. *lib. 4. resp. 8. n. 8.* SCHILTER. *ad ius feud. Alemann. cap. 15. §. 5.* HORN. *iurispr. feud. cap. 17. §. 14.* At legum, in quibus tamen fulcrum obseruantiarum consistere debebat, fundamenta non quaeras, nisi labores in cassum redire velis. Abundantem certe legum copiam reperies. Prouocant ad Land-R. *lib. 2. art. 38. pr.* Lehn-R *cap. 25.* Weichb. *art. 4.* Exopto tamen, vt has perscrutanti, meliora fata contingant. Spatii, ab obseruantia praefiniti, vestigia reperire, omni sollicitudine adhibita, numquam potui. Illud quidem ex *textu* des Lehn-R. *cap. 25.* euincitur: Jahr und Tag esse annum & sex septimanas, verb. also mannig Jahrzahl ist auch zu folgen einen jeglichen an seinen Guthe binnen sechs Wochen und ein Jahr. Vnde vero tres, quo mos ille adiecit, dies? Ignorantiae forte nomine quibusdam ero suspectus, qui veterem Romanorum peremtoriarum citationum formam memoriae non commendauerim; quod tribus eae constite-

 rint

rint edictis; quod eorum quodlibet, Teutonico Iure, quatuordecim dies, seu duas continuerit hebdomadas; quod dies termini vniuscuiusuis edicti non fuerit computatus; quod adeo, his connumeratis, peremtoria citatio sex septimanas & tres dies complexa sit, quae omnia a SCHILTERO *all. loc.* accurate exponuntur. Dudum haec animo volui, anxie de huius moris peruestigatione sollicitus. Sed spes mihi omnis, inueniendi tandem rudera, intercipitur, dum perpendo, quam subitis, argumentum a peremtoria citatione arcessitum, ruinis expositum sit. Audiamus saltem ratiocinandi modum. Peremtoriae citationi insunt sex septimanae & tres dies, ergo terminus petendae inuestiturae est annus, sex septimanae, cum tribus diebus. Quae consequentia? An in renouatione inuestiturae citatione opus est? Nonne ipse vasallus, licet non interpellatus a domino, vltro eam petere obstrictus est? Numne dies, a lege constitutus, interpellat pro homine? Quid itaque opus citatione? Quale ergo a citatione ad fatale iure definitum trahi potest argumentum? His ponderatis, mihi persuadere numquam potero, vt huic, priuato ausu a veteribus introductae, adsensum praebeam, obseruantiae. Deterret me pudor, quem iniicit ICto *Nou. 18. c. 5.* Eamque ob caussam, potius, legis autoritate fretus existimo, per annum & diem Saxonico Iure, praeprimis in hoc renouationis argumento, intelligi annum, adiectis sex septimanis. Lehn-R. *cap. 25.* GLOSSA *ad art. 38.* des Land-R. MAIER. *cap. 24. §. 5.* & quodammodo STRVV. *Synt. iur. feud. cap. 10. aph. 7. n. 2.* Obseruantiae grauitatem, (si ita dicere fas est,) non extimesco.

mesco. Eo minus quum SACRATISSIMVS ELECTOR SAXONIAE. *Mand. d. an. 1691. d. 12. Nouembr. ff.* und obwohl. non ad spatium obseruantia, sed lege statutum respiciat. verb. und obwohl einen jeden die in denen Lehn-Rechten geordnete völlige Jahres Frist zugelassen wird. Quis vero eo vsque procedet, vt cogitet saltem, vsum DD. esse legem.

§. XII.

Qui itaque vasallorum indormuerit huic, legibus definito fatali, neque, quod ipsi incumbebat, inuestituram petierit, seuerissima, in illud statuta delictum, se dignum reddit poena Et illa est priuatio feudi. Haec res, copiosis licet expedita legibus, certa tamen non est. Certa esse posset, nisi ICti veteres textus quam maxime euidentes, omnibus numeris absolutos, controuersiis vexare, difficultatibus implicare, crebrisque dissensionibus ambiguos efficere sibi gloriae duxerint, perpetuamque, etiam post fata, hoc medio sui excitare memoriam intentantes, legum perspicuitatem sollicite, & de industria, perturbarint, eneruarint, extirparintque. Hinc nulla tam sterilis, eorum exacuato fuit ingenio, materia, quae non nouam disceptandi parturierit occasionem. Infortunio huic quoque expositum est illud, quod iam adgredior argumentum. Vt enim taceam alias copiose factas altercationes, inusitatissimam saltem earum mentem intendam.

§. XIII.

Vasallum, qui intra legitimum spatium inuestituram non impetrat, feudo exui, tantisper ex

beneuolentia veterum DD. certum habemus. Illud autem controuersiis iactitant, an in statuenda priuationis poena, dolus tantum respiciendus, an vero culpa, dolo vacans, digna tam graui aestimanda sit animaduersione. Quaestionis huius decisionem studiose perquirens, euolutis eo nomine DD. in duas eos distractos esse partes intellexi. Quarum altera, dolosam saltem intermissionem poena hac coercendam, altera, praeter dolum, negligentiam quoque, modo crassa & supina sit, adficiendam esse, adfirmat. Ambae tamen in id conspirant, quod leuis aut leuissima culpa priuationem nullatenus mereatur. Neutram, harum diuersarum opinionum, legibus sanctionibusque firmatam reperio. Indulgent vasallorum negligentiae, quae compescenda; extenuant iura dominorum, quae amplianda erant. Fingunt legum praesidium, quum repugnent. Haec qui accurata animi lance ponderabit, non vitio mihi daturum esse confido, si in praesenti ab his inueteratis DD. placitis, alienam sustinere suscipere sententiam, adstruendo, NON DOLVM TANTVMMODO, SED CVLPAM QVOQVE, SIVE LATAM, SIVE LEVEM, SIVE LEVISSIMAM, PAVCIS, OMNEM NEGLIGENTIAM, ET INCVRIAM, PRIVATIONE FEVDI LEGES COERCERE VOLVISSE. Noua fortasse haec, quae mihi defendenda sumo, videbuntur, ea propter, quod nullius fere DD. patrocinio munita sint; sed antiqua censeo, vetustas, illam firmantes sententiam, sanctiones, iure praeiudiciis anteponens: neque me innouandi studium, sed leges potius ab irreptis erroribus vindicandi cupiditas ducit, atque impellit.

§. XIV.

§. XIV.

Quo autem intellectu facilior controuersiae efficiatur status, ab initio statim meae adsertionis exponam fundamenta, post dissentientium obiectiones eneruaturus. Subleuabit labores, a me suscipiendos, *publicum scriptum*, mihi ex improuiso in manus incidens: *de omissione reuocationis inuestiturae feudalis non dolose facta, hodie, & praecipue in Saxonia, ad amissionem feudi non sufficiente.* Multum certe in eo operae consumtum, in exquirendis arcessendisque, vltro citroque in feudalibus libris dispersis, rationibus, nec minus concinno ac eleganti scribendi genere, haec sese commendat dissertatio. At, quamuis illa omnia maximam mihi admirationem moueant, ipsi tamen argumento, quod in ea defenditur, subscribere, legum me auocat autoritas, omnem erga negligentiam fauorem respuens. Nemo enim ex ignauia sua patrocinium exspectare debet, iuraque vigilantibus, non dormientibus scripta sunt. *L. 24. in fin. ff. de his quae in fraud. credit.* Hinc incuria ac negligentia damnum habet comitem. *L. 2. C. de condit. in publ. horr.* Quare quum ab hac, ad ingenium magis, quam iurium dispositionem applicata sententia, discessionem facere cogar, (quod pace ipsius scribentis fiat,) ordine eius adsertionis fundamenta peruestigaturus, adiectas dubitandi rationes in meas partes vocabo, decidendi vero, obiectionum loco mihi considerandas, infirmari atque conuellere, pro animi viribus, adnitar.

§. XV.

Antea vero quam ad argumentorum campum descendam, illos, quos exordium memoratae *dissertationis* mihi iniecit scrupulos paucis exponam. Mirum ab initio non poterat non mihi videri quod *Dominus autor* §. 11. sibi de noua, propria virtute excogitata, gratulatus sit sententia, ingenue confitens, se omnes, quotquot huius materiei gratia euoluerit, DD. a sua thesi alienos intellexisse. Existimabam certe dudum praescriptione quasi obduratam esse hanc obseruantiam, nec spem me fefellisse introspexi; dum, vlterius in *dissertatione* progrediens, §. 50. maiori copia DD. huic sententiae, quam alteri adstipulantium, refertum vidi. Hos autem si inuicem confero *duos* §§*phos*, haesito, in cuius fidem me resoluere debeam. Vnus enim alterius refutationem continet, ac posterior tantopere labefactat priorem, vt euidentissimum maxime reddat, antiquam esse, quam fouet, opinionem. Praeter illam notatam contradictionem, DD. quoque conturbatio & confusio, nouam animaduertendi praebet occasionem. Inter contrarios enim sibi retulit §. 22. STRVVIVM ac VVLTEIVM, quos tamen denuo in §. 50. in suum patrocinium vocat. Dubito an conciliandi ratio suppetat, meum non sufficit ingenium, fateor.

§. XVI.

Satis de his: ad ipsam quaestionis tractationem properare instituti ratio postulat. Equidem dum *SERENISSIMORVM ELECTORVM SAXONIAE* tam multa grauissima mandata, atque inter haec celebratissimum *de a. 1691. d. 12. Nouembr.* meam sen-

ten-

tentiam omni ex parte confirmat, ex diuerfis iuribus petitis documentis me carere tute poſſe, quis eſt, qui non mecum conſentiat? Quum enim in Saxonia directus omnium vaſallorum dominus ſit ipſe Princeps, facile colligimus, quam debilis ſit iſtius, cum aliis, de quibus Longobardicae conſuetudines diſponunt, dominis inſtituta aequiparatio. Princeps enim non, vt ille, antiquis legibus, feudorum cauſſa latis, ſe confirmare, vaſallorumque officia illis accommodare, obſtrictus eſt, ſed, vi ſummae maieſtatis, eos propriis ſanctionibus deuinciendi gaudet poteſtate, nec receptas libera voluntate leges extraneas; cum receptio haec leges ferendi libertati limites haud ponat, nec domeſtica, antiquitus introducta, iura, quibus vel derogare, vel penitus illa abrogare poteſt, obſeruare neceſſe habet. Sed vt promiſcuae eorum, ex quorum animis omne fere legis clarae obſequium effluxit, vaſallorum iura in Saxonia maiorem in modum circumſcripta exiſtimantium, opinioni occurram, vberius, ea, qua fieri a me poterit, circumſpectione enucleabo, illa, quae circa feuda in Saxonia emanarunt mandata, negligentiam vaſallorum coercentia, aliis iuribus ex aſſe conuenire.

§. XVII.

Vt igitur huius rei initium faciam, ad Longobardicas conſuetudines me omnium primum conuerto. Egregio teſtimonio eſt, *textus 1. feud. 22. §. 1.* cuius haec ſunt verba: *Sancimus, vt nemo miles vltra annum & menſem vadat, vt inueſtituram beneficii ſui, a filio vel ſucceſſore domini ſui petat, vel poſt mortem domini ſui, vel patris ſui, vel alterius, cui*

succedere debet, nisi iusta caussa interuenerit, quare non petierit, veluti mortis, vel capitales inimicitiae, vel infantia, vel iusta absentia, & si (vt supra dictum est) non petierit, damnetur. Nolo denuo manum iniicere, quam supra iam enodaui, controuersiae, quo modo verba *intra annum & mensem*, explananda, & sic excogitata antinomiae species concilianda sit. Sufficit, quod Lotharius hac constitutione regulam definiuerit: vasallum militem intra legitimum hoc tempus inuestituram petere teneri. Nec itaque honestatis saltem legibus, sed necessitate quoque ad id compellitur, seuera coercitione, negligenti officii huius intermissioni, imminente. Quod indigitant vltima textus verba: *& si non petierit damnetur*, poena scilicet amissionis feudi, legibus instituta. Quum vero iustitiae suadeat ratio, eum, qui & dolo & culpa vacat, vasallum, seueritate legis haud plecti; dum *ibi poena tantum statuenda: vbi noxia est*, *L. 22. C. de poen.* hinc Lotharius, asperitatem legis temperans, iustam eis tribuit excusationem, qui, legitima impediti caussa. officii sui partes explere non potuerunt, verbis: *nisi iusta caussa interuenerit, quare non petierit.* Ad haec ipsa sunt semina dissensus DD. Hinc illae difficultates. Quolibet enim, in hac redubia, vt putant, liberiorem interpretandi adfectante potestatem, iustitiam non ex natura rei, verbis ac mente legis, sed ex suo aestimabant ingenio, caussasque in *hoc textu*, ad exemplum saltem positas, indicantes, alias permultas, ab intentione legem ferentes plane alienas, pro iustis ventilabant, quum tamen saepius ne speciem quidem iustitiae prae se ferrent. Quare vt me ex his syrtibus explicem, vnica regula ex-

expromam, quae iusta caussa sit: *quotiescumque vasallo nihil neque doli neque culpae imputari potest, toties legitimam caussam interueniisse statuunt leges.* Ex quo prono dimanat alueo, quod, si vasallus etiam minimae se reum fecerit negligentiae, iustitia impedimenti, se a priuationis poena liberare nequeat. Quis enim in ignauia, ac pigritia iustitiam quaerere, tantae fiduciae erit? quum eadem omne, quod quis habet, ius amittatur, *cap. 1. X. de appellat.* atque ante largitum extinguatur beneficium. *cap. 11. de praeb. in 6to.* His consideratis, cogitatione non adsequor, quo consilio ac fundamento, fere omnes ignorantiam, modo non crassa, & supina sit, inter legitimas, a priuationis poena excusandi, collocent caussas. Equidem probe cognitum habeo; ignoranti non currere praescriptionem. *L. 1. ff. f. C. de annal. except.* Ignorantiam puniendam haud esse. *L. 8. ff. de his qui not. infam* Quae autem & qualis requiritur? Non certe vincibilis & iniusta; cum quis nescit, quod, adhibita diligentia, scire potuit ac debuit. Tali enim leges nullum priuilegium praebent. Sed iusta. ac omni nauata opera, inuincibilis. Vnde itaque arcesses ignorantiae, probabili saltem, praesidium? Ex DD. forte autoritate? Dubiam eam reddunt leges expresse repugnantes, quas omni iure antepono.

§. XVIII.

Maiora haec sunt, quam vt refutandi rationibus *in §. 51. dict. dissert.* infringantur. Quoad 1) enim satis superque euictum iudico, *textum hunc, non* de dolosa saltem, sed culposa quoque, intelli-

gendum esse omissione. Culpam namque seu negligentiam pro iusta caussa non haberi, nemo facile inficias ibit, ergo quum iusta caussa saltem liberet a poena, nihil certius consequitur, quam quod *textus* etiam culpam comprehendat. Nec grauioris ponderis video obiectionem 2) in angustias redegisse *dominum autorem* illam legem non difficulter iudico, dum se in clientelam ac fidem criticorum confert. Vltimum hoc est refugium neque tutum satis. Quandoque verbum *damnare*, aureae aetatis scriptoribus, idem esse ac accusare, non nego. Quid inde? Ergo perpetua est haec significatio? Non sequitur. Voco in meas partes patrem eloquentiae CICERONEM, qui *in Philipp. orat. 1. cap. 9.* ita inquit; *lex, quae iubet, ei, qui de vi, itemque ei, qui maiestatis damnatus sit aqua & igni interdici.* Quid hic insignit vocabulum *damnare?* Accusare forte? Absit. Accusato enim tantum de crimine aqua & igne interdici, nulla lege cautum scimus, nisi sententia quoque iudicis condemnatus sit. Possem plura passim occurrentia loca in medium producere, sed breuitatis gratia lectorem ad NIZOLII *obseruationem in M. Tull. Ciceronem* ablego. Titubat adhuc magis critica haec obseruatio, si ad iura descendimus. Ibi quid sit *damnare* intelliges, ex *L. 2. ff. de poen. damnatus enim ille est, vbi damnatio tenuit.* Tandem, vt nihil residcat scrupuli, posito, sed nondum concesso, verbum *damnare* in *hoc textu* indigitare accusationem, num exinde sequitur: ergo culpa amissionem feudi non meretur. Largior lubentissime, negligentem inuestiturae petitionem, accusandum prius, in iudicium vocandum, caussaeque cognitionem,

m, antequam priuetur, adhibendam esse; nemo im, nisi conuictus de culpa, feudi possessione ui debet. *1. Feud. 21. & 22. §. 3.* Quo iure vero inde quis colliget, eum, qui a dolo, non vero neigentia se purgauit, immunem a feudali poena deırari?

§. XIX.

Excipit primum meae sententiae adstipulantem xtum *2. Feud. 24. pr.* vbi *ingrati* nota adficitur, qui uestituram debito non petiit tempore. Quum enim, : supra §. meo IX. expositum, potissimum huius enouationis caput, in debitae reuerentiae significaone versetur, tum certe si illam, a lege ipsi datam, no praescriptam occasionem, animi leuitate, neligit, contemtum prodit, quo manifestius nullum otest esse ingrauitudinis signum. Nec tamen est, t ex voce *ingrati*, *Dnus dissentiens in diss. §. 52.* inerre possit: talem saltem, quae donationes reuoandi praebet facultatem, intelligendam *ingratitudiem*, eoque nomine non ex negligentia, ad repetiionem doni minime sufficiente, sed dolo dimetienam esse. Huius enim obiectionis decisio ex ipso ım *textu* latissime patescit, si modo oculos intendinus in verba: *et e conuerso, si domino superstite, vaallus decesserit, & filius eius, per iam dictum temus neglexerit petere inuestituram, beneficio carebit.* Quod vocabulum *neglexerit* ad dolum restringere, ocis huius indoles & vis minime permittit. Atque x his *textus 2. Feud. 40.* reliquis generalior, comosite explanari potest, & debet.

§. XX.

§. XX.

Transeo iam ad *textum 2. Feud. 52.* in quo dissentientes quidem insigne, iusto fauorabilioris in vasallum sententiae, patrocinium quaerunt, at non inueniunt. Tantum enim abest, vt propugnaculum praestet, vt potius eam labefactet, refellat, ac propulset. Qui fugitiuis oculis *textum* percurrit nec, vti decet, ICtum, accurata mentis cogitatione ponderat, e diametro mihi contradicere autumabit verba; *si non dolose steterit:* cum propria significatione *doli* adplicata, negligentiam a poena laxatam esse, haud obscure videatur. At enim vero, verborum vis ac potestas ex mente legis pendet, hinc non ambigo adstruere, *doli* vocabulum in *hoc textu* laxiorem, & quodam modo improprium sensum habere, in quo me confirmant sequentia verba: *dolus autem abesse videtur, si iusta caussa impediente steterit.* Quo ergo dilucidioribus argumentis, occasione *textus 1. Feud. 22.* in §. meo XVII. demonstratum reddidi, quae caussae legitimis adcensendae, & quod, nisi iure erubescere velimus, negligentiam a iustitiae limine arcere debeamus, eo firmius concludo, *dolum*, hic loci, malitiam aeque ac cultam comprehendere, eoque minus me reflectere valent ea, quae *in diss. §.56.* obmouentur. Saluberrimum est effatum philosophorum: *vno posito alterum non tolli*, fateor, ast & illud, dum in philosophiae studium incumbebam, memoriae commendaui, uacillare ac titubare hanc regulam, si vnum ponatur, quod alteri est contrarium: *duo enim contradictoria simul stare nequeunt*, secundum aeque tritum philosophorum brocardicon. Et hoc obseruato, accurate ex *hoc textu* deducitur;

ne-

gligentiam, in renouationis inuestiturae petitione, nissam, puniendam esse, modo congruo rat.oci- ndi ordine vtamur. Faciam huius demonstratio- periculum: si non dolose steterit vasallus, bene- o non est exeundus. Ergo e conuerso, si dolose isit, carebit eodem. Dolus abesse videtur, si iu- m probatur impedimentum. Ergo hoc cessante, lus adest. Negligentia iustam non praebet excusa- nem, per iam probata, §. meo XVII. Ergo in gligentia dolus non abest. Ergo feudo priuandus, i culpae reus demonstratur. Hoc remoto scru- lo, tanto facilius est alteri obuiam ire; quum opi- ur *Dnus dissentiens* ʃʃ. *56.* quod legitima caussa tam vasallo tribuat immunitatem, vt ne se excu- e quidem debeat. Altum est in *textu, ab ipso gato 1. Feud. 22.* silentium. Nec fundatum hanc ertionem esse iudico. Pone, aliquem sub poena nfessi & conuicti uocatum esse ad iudicium, legi- um habet impedimentum, eius comparendi vo- tati resistens, non excusat se, quum potuisset, d iudex in caussa pronunciabit? Nonne pro con- o atque conuicto eum habebit? Quis est tam um in foro gerendarum imperitus & ignarus, qui intelligat, iure ita sententiam ferri? Sed ha- iustissimum impedimentum? An subolebit hoc ici, si illud tempestiue non allegauit pars? Ea- n ratio se offert intuitu domini directi, ad pri- ionem, ob negligenter praetermissam petitionem estiturae, agentis. Vnde ipsi notitia venit im- limentorum vasalli? aut quis ipsi iniunget, quo- e iure, vt, antequam actione vtatur, sollicite in lli, quae fortasse ei obuenire potuerunt, obsta-

cula

cula inquirat? Excuset se necesse est vasallus, nisi omni iure, in feudo, priuari velit. Minus adhuc intelligo, qua autoritate allegatus ab ipso Dn. DE LVDWIG *in diss. de prorogat. indult. cap. V. ∬. 3.* defendat, hodie, tali in casu ne indulti quidem impetratione opus esse, quoque consilio *Dominus dissentiens* in eius abierit partes, nisi fortasse eum fugerint seuerissima mandata, hoc iniungentia vasallis, vt *Mandat. d. a. 1657. d. 1. Iun. ∬.* und anfänglich zwar & §. was dann fünftens *d. a. 1681. d. 24. Febr. ∬ ∬ iisdem d. a. 1691. d. 12. Nouembr. ∬.* und anfänglich zwar & §. wer denn also. in quo euidentissimis verbis sancitum: quod si indultum non petierint, feudo, & omni iure cadant.

§. XXI.

Coronidis loco manum admoueo *textui 2. Feud. 55:* verb. *praeterea si quis infeudatus, maior quatuordecim annis, sua incuria & negligentia, per annum & diem steterit, quod feudi inuestituram a proprio domino non petierit, transacto hoc spatio, feudum amittat, & feudum ad dominum redeat.* Omnes, quos huc vsque, ad confirmandam meam defensionem, subieci *textus*, hic probationis pondere antecedit, vnoque impetu dissentientium excogitatas subtilitates, obtortoque collo depromtas expositiones, conquassat. Tam luculenta sunt verba, vt, nisi quis omnia Iuris repagula, regulasque genuinae iurisprudentiae perstringere velit, ad dolum ea solum restringere, impossibile ducam. Ipse *Dnus autor dissertationis ∬. 53.* angustiorem reddere illam *legem* suae sententiae defensionem conqueritur. Neque ex his nodis,

illis

is scopulis ac difficultatibus, vt sibi pollicetur, fugit, adfirmando: *incuriam & negligentiam* esse ipae synonyma, per culpam vero saepius delictum Iure significari. Illud enim non modo non est ntra me, sed maxime caussam meam confirmat. elictum quippe non dolo saltem, sed culpa quoie committi, adparet ex definitione: quod sit faum illicitum dolo vel culpa admissum, adeoque iimaduersione dignum. At video latere adhuc anıem in herba. In delictis culpam modo, dolo ixtam, aut adfectatam negligentiam, considerari, ii persuadet. Contrarium exemplo damni, quod ge Aquilia vindicatur, comprobabo. Delictum oe esse, constat ex *pr. Inst. de obligat. quae ex de-t. nasc.* & tamen ob leuissimam etiam culpam conditur haec actio l. Aquiliae. Hinc, iure optimo am, a solidis interpretationum regulis declinantem, erborum restrictionem, reiicio; quum non in dua, sed plana ac aperta caussa versemur.

§. XXII.

Sic Iure Longobardico intelleximus, cunctis dictis obiectionibus, negligentiam siue culpam, si el maxime leuissima sit, priuatione feudi coerceri. b hac dispositione nec ipsae domesticae leges Saxocae secessionem faciunt. Statuit enim idem Lehn-. *cap.* 7. expressis verbis: Wenn ein Herr einer seir Manne ein Guth leihet, wo es ihm erst ledig erde, von eines seines Mannes Tode wegen, und iders nicht daran ausscheidet, der Mann soll von errn haben das nächste Guth das dem Herrn ledig nfället ꝛc. & paullo post: Ob aber der Mann das

Lehn,

Lehn, das dem Herrn ledig ward, verschemhet, und ihm das nicht gezeuchet in Jahr und Tag, so ist er davon ledig. Quod vocabulum verschmehen, tam generale est, vt dolum aeque atque culpam quamcumque contineat; quum & ille parui pendere reuerentiam, domino debitam, eumque adspernari videatur, qui non omni officio absolutam diligentiam adhibet. Obiicit quidem *ampliss. vir in dissert. §. 57. textum hunc* non de renouatione inuestiturae, sed de exspectatiua disponere, neque intercedentem differentiam permittere, vt exinde quid argumenti producatur. Hoc tamen congruam adplicandi rationem non euertit. Simultaneam inuestituram ab exspectatiua distare, omni dubio caret; sed quod renouatio inuestiturae, ab ea, quam expectatiua gaudens, postea quam apertum feudum exstitit, impetrare obstringitur in hoc loco, differat, nec ego sentio, nec vllus vmquam, nec HORNIVS, *ab ipso citatus, cap 12. §. 7. & cap. 17. §. 1.* adstruit. Ast intelligo ex qua stirpe generatus sit hic error. Existimauit quippe, exspectatiuam solum concedi per simplicem promissionem, adeoque; conditione demum existente, noua ac prima inuestitura exspectatiuario ius in feudo tribui, neque renouationem, sed plane nouam concessionem esse. Si veritati haec conuenirent, fateor, me inuitum in eius sententiam descendere debere: nullam ex *isto textu* repeti posse probationem. At quum supponantur modo, nondum desisto. Penetremus nunc ipsa verba *textus*: Wenn ein Herr einen seiner Manne ein Guth leihet, wo es ihm erst ledig wäre. Ergo exspectatiuam habens inuestitus iam est de feudo, sub conditione tamen,

n, si vacuum euadat. conf. Lehn-R. *cap.* 57. Lei-
; ein Herr Frauen oder Mannen Geding am Gu-
, das eines andern ist, stirbet dann dieser, der es
itzet und in Gewehren hat, so ist die Gewehr des
thes erstorben mit samt dem Guthe, an dem das
ding geliehen war. Contingente vero caducitate,
ec, quae deinde sequitur, inuestitura, non noua
, sed confirmatio pristini, ex exspectatiua inuesti-
a, quaesiti iuris, vno verbo, renouatio inuesti-
ae. Atque ab hoc adserto nec DD. declinant, dum
pectatiuam vocant: inuestituram de successionis
lucitate, STRVV. *cap.* 7. *aph.* 4. de caducitate in ca-
n mortis BERLICH. *part.* 2. *concl.* 54. *n.* 2. *seqq.*
iestituram exspectatiuam, GODOFRED. ANTON.
p. feud. 4. *thes.* 5. *lit. S.* eoque nomine BERLICH.
.l..n 55. renouationem impetrandam esse, simul-
eamque inuestituram ab ea, quae fit de caduci-
e feudi, parum aut nihil differre adstruit, *n. vlt.*
iud tamen abnuo, exspectatiuam quandoquae nu-
; promissionis terminis inhaerere. Sed quum non
eo, sed priori casu, loquatur *textus*, iure cum
meas voco partes, omni, quod vrgebatur, dis-
mine euacuato,

§. XXIII.

Nec minus quoque fundamentum accedit, per
). 22. Lehn-R. Beutet aber der Herr seinem Man-
das Guth, daß er von ihm hat, an zu leihen, er
l es zu Hand empfahen, oder er versäumet sich
an. Vix enim aliud, qui Germanici non est ex-
rs idiomatis, per vocem versäumen, intelliget,
am quod suae negligentiae poenam luat, amittat-

 que

que feudum. Et quamuis haec animaduersio neque *cap. 25.* des Lehn-R. neque *Const. Elect. 45. P. 2.* comprehendatur, illud tamen non impedit, quo minus ex *hoc textu* adsertis meis fidem faciam. Sufficit quod illae absolute iniungant, vt vasalli renouationem debito tempore suscipiant, qua intermissa, aliis legibus praefinita, nec abrogata, aut mutata, locum inuenit poena.

§. XXIV.

Haec, quae ex Longobardorum, atque vetustis Saxonum consuetudinibus, meae sententiae adplicui argumenta, dilucidiora sunt, quam vt copiosae obiectiones, ea obscurent ac obfascent. Indicaui iam supra, §. meo XV. quod sancta PRINCIPIS ELECTORIS SAXONIAE voluntas, non alieni iuris praesidio egeat, sed ex maiestate leges ferentis, vis obligandi, territorio subiectos, tamquam fonte promanat. Hinc, si vel maxime omnes aliae repugnarent leges, quas tamen ad concordiam adduxi, summum certe legislatoris imperium tam tutum mihi praestaret perfugium, vt quod in metu ponerem, nihil esset. Non opus autem, vt e longinquo arcessam, quid regerant aliter sentientes. Negant quippe verborum perspicuitatem & euidentiam. Adiiciam itaque ipsa verba *Mandati de anno 1691. d. 12. Nouembr.* §. Wer denn also ꝛc. Sondern welcher die gewöhnliche Jahres-Frist, nach jedem sich begebenden Fall also hinstreichen läßt, und vor derer Verlauff zum wenigsten nicht Indult erhalten, ob er schon *supplicando* eingekommen, soll selbiger Lehn- oder Mit-Belehnschafft verlustig seyn. Exploratam ha-

)emus principis intentionem. Iam dudum enim
ındato IOH. GEORG. II. *de a. 1657. d. 1. Iun. §.*
d anfänglich zwar ꝛc. IOH. GEORG. III. *de a.*
1. d. 24. Febr. dormientes vasalli excitati admoniti-
:, vt officii, in petenda renouatione inuestiturae,
)leant partes, negligentiae finem non ponebant,
ulgentiaque principis abutentes, efficiebant, vt
ıuo *Mandato illo* IOH. GEORG. IV. remissos,
dissolutos vasallorum quorumdam animos, ad re-
·entiae cultum reuocare, necesse duceret. Quo
nine *in Mandato d. a. 1791.* seuere eis iniunctum,
tempus, impetrandae inuestiturae, praefinitum,
genter exactissimeque obseruent, vel si iustum eis
igerit impedimentum, indultum sollicitent. Hoc
o non adtento, si praeterlabi temporis spatium
si sint, priuationem feudi, iustam suae negligen-
: cöercitionem, sustineant. Ne tamen iure suo,
efensi, excidant, habeantque conquerendi cauf-
ı, ex insignis clementiae fonte ipsis concessit, iu-
suae omissionis probare rationes. Quales vero
: sint, vlterius *in fine d. §.* disponitur. Es wäre
ın, daß er gnugsame Zeugniß, seiner gebrauchten
gilanz, und daß er wegen einiger bey solchen Le-
vorhandener **Bedenklichkeit und Hinderniß**
)t dazu gelangen möchte, **darthun könte.** Quid
o? An ignorantiae vincibili iusta est excusatio?
negligentiae confessio, remota malitia, legitimum
ebet praesidium? Vigilantiae probatio requiri-
Ast qui inertiae se reum facit, vnde probabit,
igilasse? Contradictoria sunt. Vigilantia laudis
ornamentum, desidia opprobrio ducitur. Qui
ue animaduersionem euitare adnititur vasallus,

a pigritiae suscipione se purgare debet, confitendo vero, dignum se magis poena, quam excusatione, probat.

§. XXV.

Equidem aliquis obiicere posset: *conf.* §. *48. d. diss.* vltima *Mandati* verba: Es wäre dann ꝛc. accurate indigitare, vasallo, se excusandi facultatem concessam esse. Largior totum. Quid exinde? Ergo negligentia ad feudi amissionem non sufficit? Minime valet haec consequentia. Quod enim defendendi potestas reo relinquatur, non est insolens & singulare. Omnes, quibus poena imminet, eodem fruuntur iure. Verba autem: Bedenklichkeit und Hinderniß, leuiores, quam quae alias definitae, caussas, admissione dignas demonstrare, non sine verborum iniuria elicitur. Ast totum adsertum ex praesupposito ipsius principio defluit: quod iusta impedimenta nulla indigeant excusatione, consequenter, quum eam adductum *Mandatum* tribuerit, concludi posse existimat, etiam iniustas hic contineri caussas. Excusso iam §. meo XIX. hoc errore, & illud contrarium argumentum in cassum recidit.

§. XXVI.

Exiguum praeterea adfert momentum: *in diss.* §. *49.* quod iuxta illud *mandatum* numquam fere sententia lata sit. Abit, tale probandi genus eligens, a statu controuersiae. In disceptationem venit, quid iure obtineat, legibusque statutum? Minime vero, an in pronunciando obseruatae sint leges. Non obseruantiae, sed leges regulam dant iustitiae. Imo,

vni

vniuersalem hunc incessisse morem, vix ac ne vix quidem mihi persuadere possum; quum ipse HORNIVS *cap. 17. ʃʃ. 18.* in dicasteriis Vitembergensibus pronunciatum esse confirmet: quod priuatione, contra negligenter deserentes inuestiturae petitionem, iure summo procedatur: eamque in aliis quoque collegiis receptam esse sententiam, non ambigo. Neque a re posita seiunctum adparet, quando in *all.* §. ad ea prouocant Mandata, quibus Princeps, ex singulari clementia, officium intermittentibus, veniam impertiit. Illud enim nullus vmquam in dubium vocabit, condonandi hoc delictum Principi, ad cuius vindictam tendit poenae constitutio, legis ipsius autori, competere potestatem. Eius quippe est dispensare de lege, cuius est leges ferre. In hoc vero cardo rei versatur, num leges negligentiae indulgentiam praebeant. Aliud edocent ipsa, quorum mentionem iniicit, *rescripta.* Consideremus illorum verba: *Rescript. d. an. 1697.* So wollen wir vor dieſesmahl aus sonderbahrer Chur-Fürſtlicher Gnade in Anſehung derer in der Sache ſelbſt mit einlauffenden Umſtänden gnädigſt geſchehen laſſen ꝛc. *Recess. Prouinc. d. an. 1700. d. 17. Mart.* Damit auch eine getreue Landſchafft unſre Gnade um ſo viel mehr zu verſpühren haben mögen, ſo wollen wir ꝛc. gäntzlich pardoniren; doch ſolle, was dergeſtalt jetzo beſchiehet, bey künfftigen Fällen niemand zu ſtatten kommen, oder zu einigen Behelff angezogen werden. Manifeste ex his elucescit, hos omnes, sui feudi conseruationem, solae clementiae *SVMMI PRINCIPIS*, acceptam referre. Quo itaque conuenienti modo elicies, *il-*

 lis

lis rescriptis constitutiones & mandata priora ad solum contemtum & dolum restricta esse? potissimum, quum in *all. Recessu Prouinciali* sanctissime statutum, ne in posterum ad consequentiam haec gratiae plena indulgentia ducatur. Hinc iuste infero: negligentiam vasallorum iure mereri priuationis poenam, eaque, quae antea legibus & mandatis sancita reperimus, illibata remansisse. Neque est, quod *Rescripto de an. 1707.* quinque nobilibus ab hac poena immunitatem concedenti, contrarium inesse credamus. Introspecto enim eo, speciales, quae Principem duxerunt, se offerunt circumstantiae, quandoquidem tribus prioribus, nondum euolutum temporis spatium, duobus posterioribus, inuasio Suecorum, veniam conciliabat.

§. XXVII.

Quum itaque ex ipsis legum medullis meae sententiae deriuauerim probationes, certe vix opus iudico, vt ad analogiam iuris me conferam, ad quam, deficiente demum dispositione expressa, refugere solemus. Sed ne, ea me destitutum esse, suspicandi quis nanciscatur, occasionem, eo facientia proferam. Equidem illa iuris principia: quod *lata culpa dolo aequiparetur, in caussis ad ciuile interesse tendentibus, arg. L. 1. ff. 1. si mens. fals. mod. dix. magna negligentia culpa sit, & magna culpa dolus, L. 226. ff. de V. S.* mihi, qui quamcumque, minimam etiam ignauiam seu culpam priuationem mereri, statuo, non adstipulantur, interim tamen ex iis opinio: malitiam non culpam sufficere, manifeste infirmatur. Nec obiectiones *ff. 63. d. diss.* adlatae lauda-

latas Iuris regulas destruunt. Quod enim limi-
ones adpositas adtinet, legibus contrarias reperio
es. Sic 1) iuramentum in litem, adfectionis
cet, ob dolum, non latam culpam admitti, iuri
ueniens non esse, adparebit vnicuiuis, qui *L. 2.*
le in lit. iur. inspexit. Adiiciam verba legis, quo
plenius formari possit iudicium: *sin vero neque*
s, neque lata culpa, neque fraus heredis conuin-
r, omissa iurisiurandi facultate, iudex de veritate
osc t. At nonne legum antinomia erit, quum
5. *ff. eod.* verba, quae *Dnus Autor in all. §. dis-*
t. adiecit: *ob dolum solum in litem iuratur, non*
n ob latam culpam, expresse priori contradicant?
allimum esset, hanc conciliare antinomiam; quum
posterior Codicis, priori Pandectarum deroget.
let hac opera vacare potui. Quum enim ipsam
m introspexerim, cognoui quemdam in trans-
bendo errorem. Vocabulum enim *latam* mihi,
Corpore Iuris, *allegato loco*, offendere non li-
. Eiusdem ponderis est restrictio regulae, in-
u actionis iniuriarum. Haec enim est famosa.
7. *ff. de iniur. & famos. libell.* Ergo non ciui-
qualis ad interesse ciuile vnice tendit. Neque
uius momentum habent, ab actionibus ex furti
icto, adsumta. Ex hoc enim nullatenus rei per-
utorias & ciuiles promanare actiones, in propa-
o est. Actio furti manifesti & nec manifesti *fa-*
sa deprehenditur, *L. 63. ff. de furt.* condictio ve-
furtiua non ex delicto, sed *ex quasi contractu* or-
n ducit. *§. 14. Inst. de action.* Inde, his reiectis,
um, ad praesentem materiam, propagatum ar-
mentum, sponte concidit, nec *textus 2. Feud. 52*

 quem

quem iam §. meo XX. eneruaui, praesidio conseruatur.

§. XXVIII.

Quae sub *num.* 2. & 3.) *in d. diss. ∬. 63.* opponitur diuersitas allodiorum feudorumque indolis, partim imbecillis est, propterea, quod delictorum forma intrinseca, ex bonorum varietate & qualitate numquam dimetienda, partim refutationem ipsius *autoris* continet. Omnia enim principia, ad quae suae sententiae redigit defensionem *∬. d. dissert.* 24. 25. *& seqq.* ex fontibus Iuris Ciuilis hausit, adeoque, prioribus admissis, proprio se iugulat gladio. Quemadmodum autem adsertum: quod *feloniae vox*, Longobardis idem fuerit, ac Germanis Schelmerey, Boßheit, in nudis consistit coniecturis, quas nec HOTTOMANNVS sua autoritate probare valet, ita re ipsa iam euicta, de vocis significatione disceptationem inire, necesse non erit. Ad 4) me potius verto. Condictionem ex moribus dari ad repetendum beneficium, minus probabile mihi videtur. Descendit ea ex consuetudine, obligationem, ad agendi effectum, introducente, vel confirmante, LAVTERB. *Colleg. Pand. ad Tit. de condict. ex lege ∬. vlt*, adeoque ad dissoluendam obligationem, nullo praecedente pacto, eam non tendere haud difficulter colligitur. Neque illud mihi persuadere possum: reuocatoriam feudi actionem iniuriarum actione commixtam esse. Diuersissima enim illarum indoles, quum vna rem, altera famae reparationem, persequatur, talem confusionem non omnino admittit, & hinc ad 5) leges, in iniuris, dolum

lum a culpa seiungendum sancientes, ad praesen-
n, distinctam plane caussam, adcommodari, in-
pretandi regulis conuenienter, nequeunt.

§. XXIX.

A donationum reuocatione, ab aliquibus de-
ıatum argumentum, meum non facio; quum a
inore ad maius non valere ratiocinium, probe in-
lligam; aliud tamen ex analogia Iuris, substituam,
ıod propius ad rem accedet. Notum quippe,
nnium praescriptionum finem non vltimum fuis-
:, quo domini, negligenter res suas curantes, me-
ı iacturae, ad diligentiorem excitarentur circum-
ɔectionem. Quam ob caussam, impleto, legiti-
ıe, vsucapionis tempore, nec Praetor ipsis, pro-
ter negligentiam, *L. 16 ff. ex quib. caus mai. 25.*
nn. L. f. C. de repud. vel abstin. hered. aut ignoran-
am, *arg. L. 24. ff. quae in fraud. credit. iunct. L. f. C.*
e praescript. long. temp. contra praescriptionem, re-
itutione subueniebat. Hoc autem, in bonorum
eque, ac fatalium, legibus constitutorum, prae-
:riptione obtinere, nullus dubitat. Quum igitur ne
ontra eum quidem, qui nullum plane ante ius in
ıonis ipsius habebat, negligentia aut ignorantia se
lefendere quis queat, multo minus aduersus domi-
ıum directum, ob delictum vasalli, dominium vti-
: praescribentem, ea adtendi debet.

§. XXX.

Expositis iam meae sententiae fundamentis, re-
tat, vt rationibus dubitandi in *contraria dissert.*
dductis, manum admoueam, illarumque remo-

 tione,

tione, thesin ab omni dubitatione purgem. Reducit *amplissimus vir* omnem sui defensionem ad nouem principia, quae, vt dilucide haec constet controuersia, ordine diluere constitui. Principium *primum in* §. *24*. a caussis liberandi a poena repetitum est. Inquit nimirum: eas vel intrinsecas vel extrinsecas esse. Has vocat, quando si non iniusta, dura tamen, ad factum adcommodata, deprehenditur poena. Dum vero illud ad praesentem quaestionem adplicare intendit, se refutat potius, quam defendit. Concedit enim non iniustam esse poenam, qua negligentia vasallorum, priuatione feudi, coercetur. Ergo necessario sequitur, eam iustitiae regulis ex asse conuenire. Quo ergo consilio, quo fine, qua intentione, in *tota dissertatione* contrarium euincit? Ast instat: esse nihilominus durum. Quid hoc? Posito. An iudicis aut cuiusuis ICti erit, legum temperare duritiem? Minime. Illud officii habent impositum, vt iustitiam administrent, vtrum vero dura quodammodo sit, iudicare, ipsorum non est. Iudex neque durior, neque clementior lege esse debet, *L. vlt. C. de compensat. Nou. 82. c. 10.* Legem manifestam, quamuis duram, sequi oportet iudicem, *L. 12.* §. *1. ff. qui & a quibus manumitt.* & *L. 9. C. de LL.* eleganter disponit: *Quidquid in legibus obscurius sancitum est, oportet legislatoria interpretatione declarari, duritiemque legum, legislatoriae humanitati incongruam, emendari.* Nec quidquam sufficiunt leges in contrarium prolatae, *L. 42. ff. de poen. L. 55. ff de reg. iur.* Quum enim mere leges, interpretatione egentes, respiciant, illico elucet, sermonem esse, de legibus dubiis. Manifestae

ae autem interpretatione non indigent. Versa- tr hic, secundum ipsius concessa, in iure certo, oque ea carere sine detrimento possumus. *L.* om. *ff. de poen.* adplicatu impossibilis est. Loqui- de caussis leuioribus. Quis autem vindictam mini, ob vasalli contemtum, tam parui aestima- ? quum omni asperitate digna censeri debeat. mo quid duri leges sanciuerint, non intelligo. Ni- enim aequitati conuenit magis, saluique rei blicae consulit, quam vt homines ad diligentissi- m officii sui obseruationem reuocentur. Et quo onsultius animi ad ignauiam inclinant, eo seue- ri excitatione opus est, praeprimis si, reuerentiae a superiorem obliti, legum dictamina negligenter temnent. Neque est, quod excipiat quis, hac one dolum atque culpam exaequari; quum tamen ori se delicto, qui malitia quid omittit, quam ignauia suas non explet officii partes, contami- Quodsi enim vasallus dolosam mentem prodat, ductus, deuotionem in petenda inuestitura, eprimis in Saxonia, vbi vasallus vna subditus est, ibere renitatur, eum, praeter feudi amissionem, to asperiori adhuc poena dignum esse, non am- . Insuper quoque vasallus, de dolo conuictus, mia notatur, *§. 2. Inst. de. poen. tem. litig. L. 1. 4. ff. de dol. mal. arg. L. f. C. de susp. tut.* se- si de culpa saltem condemnetur. Quemadmo- ı ergo ne intrinseca quidem caussa, ab hac poe- berandi, adest, ita multo minus extrinseca, qua iis merito quodam, aut alia caussa commendan- vel spe futurae emendationis, veniam meretur, dice in considerationem vocari debet. Lege enim

enim certam ſtatuente poenam, nihil amplius iudicis officium expoſcit, quam vt ſimplex factum ad legis adplicet diſpoſitionem. Iudex quippe, in cauſſis determinatis, commutatiuam exercet iuſtitiam, meritorum vero, conditionisque, perſonarum delinquentium, conſideratio, vtpote quae diſtributiuae propria eſt iuſtitiae, arbitrio eius non relinquitur; cum haec moderatio poenae, diſpenſationem redolens, ſummae legislatoris maieſtati proprio vindicetur iure.

§. XXXI.

Principium *ſecundum in d. diſſert. §. 25.* quod muneris, quo iudex fungitur, rationes efflagitent, in delictis coercendis, dolum a culpa, omni curatione, ſeiungere, ex priori deductum, per praemiſſas reſponſiones concidit. Abunde iam confirmatum, ſtabilitumque eſt, cum aequitatis ac naturae praeceptis, tum legum ſanctionibus conuenire, vt negligentiae vitium ſeuera animaduerſione comprimatur. Adeoque lege non diſtinguente, nec noſtrum eſt diſtinguere. *L. 2. §. 5. ff. de vi bon. rapt L. 11. C. mand.* Nec ex *L. 7. C. ad leg. Corn. de ſi ar.* huius principii adminiculum peti poteſt, quae de criminali iudicio diſponit, a quo, ad ciuilem cauſſam, nulla valet conſequentia.

§. XXXII.

Adhuc minus ex principio *tertio in diſſert. §. 26.* ponderis accedit. In quibusdam ciuilibus cauſſis, vbi de damni reparatione agitur, idem obtinere, inquit. Quid inde? An in noſtro caſu ad intereſſe ten-

ndit actio? Absit. Ipsum feudum persequitur ominus, non detrimentum illatum resarciri postu- t, quo nullatenus vergit reuocatoria actio. Acce- it quod nec ipsum principium omnibus numeris solutum sit. In quibusdam tantum locum hoc in- enire, ipse adserit. Ergo per exceptionem a regula. uis vero existimabit, exceptiones adaequatum effi- ere posse principium. Immo quod maximum, ne xceptionem quidem, probatam video, *L. all. 23. §. 2. d aedilit. edict.* agit de capitali fraude, *eam vero ad- uittere*, inquit lex, *est tale aliquid delinquere, pro- ter quod capite puniendus sit.* Adeoque, a crimina- bus caussis ad ciuiles, argumentum firmum duci on potest. *L. 13.* vero *ff. de act. emt. vend.* de iusta intum disponere ignorantia, eo certius constat, quo larius supra §. meo XVII. exposui, iniustam neutri- uam in iure inuenire praesidium. In *L. 58. d tit.* ubio procul per errorem allegatae, discussionem in- uirere non valeo, quum tot numero non reperian- ur leges.

§. XXXIII.

In *ff. 27. diss.* principium *quartum* tradit: in aussis nempe pecuniariis dolum a culpa separandum sse, potissimum si lex doli mentionem faciat. Con- edo hoc. Ast quum leges, de poena feloniae or- linantes, dolum atque negligentiam arguere, supra . meo XVII. & seqq. ad satietatem vsque demonstra- ierim, negatur adplicatio. Miror tamen, *Dn. au- torem* exempla, ad corroborandum principium, ad- luxisse, quae ne punctum quidem defensionis ha- bent. Actio quippe de dolo. primi argumenti no-

mine

mine allata, est famosa, *L. 1. §. 4. ff. de dolo mal.* Ergo quod in hac lata culpa dolo non aequiparetur, neutiquam ex illo principio descendit, sed quia in actionibus, famam adspergentibus, dolus verus requiritur, praesumtus vero non sufficit. Itidem, quod minor, latam culpam admittens, beneficio restitutionis in integrum haud exuatur, *L. 37. ff. de minor. vig. quinq. ann.* quod tamen ob dolum amittit, *L. 2. C. si minor se mai. dix. L. 3. C. eod.* minime ratio reddi potest, ex hoc principio, quia in caussa pecuniaria versamur, sed imbecillitas aetatis, quae caput & fundamentum huius beneficii, ipsis tributi, continet, efficit, vt culpa, negligentiaque eis non imputetur. Hinc est, quod *L. in d. §. 27. allegata 37. ff. de minoribus vig. quinq. ann.* dicat: *nisi, quatenus miseratio aetatis ad mediocrem poenam iudicem produxerit.* Nec firmior est, ex beneficio SCti Velleiani depromta defensio. Feminam, de lata licet culpa conuictam, vti posse exceptione SCti Velleiani, ex liberalitate largior, quamuis dubitatione non careat. Ast omnis huius rei ratio consistit in infirmitate sexus, quod perspicuis verbis *L. 2. §. 3. ff. ad SCtum Vellej. decipientibus mulieribus, SCtum auxilio non est, infirmitas enim feminarum, non calliditas, auxilium meruit. & L. 5. C. eod. Senatus consulto infirmitati non calliditati mulierum consultum est*, produnt, ac declarant.

§. XXXIV.

Ordo me ducit ad principium *quintum* in §. *diss. 28.* illius tenoris: in legibus, odiosis, poenalibus, restrictiua, non extensiua, interpretatio, est adhi-

hibenda. *L. 32. ff. de poen.* Si dubia eſt lex, condo iudicis officium expoſcere, vt legis odioſae amguitatem, ſua, reſtrictiua potiſſimum, ſubleuet planatione; aſt vbi verba perſpicua, certa, ſeriamté legislatoris intentionem declarantia, inueniunr, nec reſtrictiua, nec extenſiua locum nanciſcitur; ium iudicem neque mitiorem neque duriorem lege e oporteat, per demonſtrata §. meo XXX. Incerudo vero legum, quam praeſtruit *Dnus contradiir*, nulla eſt; ſi non in verbis ſaltem haereamus, l, vti ICtum decet, eorum vim ac poteſtatem perſtigemus. *L. 17. ff. de LL.* Et hac ratione princiım quoque *ſextum in ſ. 29.* ex prioribus recoctum, aneſcit.

§. XXXV.

Principium *ſeptimum in ſ. diſſ. 30.* numerum igis, quam pondus auget. Etiamſi enim concem, reſcriptorum decretorumque, quae princeps er litigantes, audita vtraque parte, facit, autoatem non ad deciſum ſaltem caſum, ſed ad ſimin quoque porrigere, *L. 12. C. de LL. & conſtit. incip.* adeoque, tamquam poſteriores leges, priorus derogare. Fallit tamen haec regula, quoties ipſo reſcripto eniteſcit, principem, ex ſingulari mentia, huic vel illi quid indulſiſſe; quo caſu ad ıſequentiam trahi nequit. Quare quum in conuerſa quaeſtione, omnia reſcripta ac mandata hanc uſulam contineant, & quod accurate notandum, *Receſſ. Prouinc. de a. 1700.* expreſſis verbis prohibiit extenſio, vti haec ex §. meo XXVI. in aprico ent, omnis vis huius principii, in praeſenti quaeſtione

ſtione eneruatur. Vſum autem fori, legis vigorem habentem, prioribus legibus autoritatem intercipere, vti in principio *octauo* id adſtruitur, *in d. diſſert. ſ. 30.* vix eſt, vt exiſtimem. Longe aliud ex *L. 38. ff. de LL.* quam in ſuas partes vocat, pateſcit. Ita enim reſcripſit Seuerus: *In ambiguitatibus, quae ex legibus proficiſcuntur, conſuetudinem, aut rerum perpetuo ſimiliter iudicatarum autoritatem, vim legis obtinere debere.* Minime haec, vti opinatur, lex comprobat, quod vſus fori, expreſſas ante latas, ſanctiones immutare queat; ſed, in ancipitibus ſaltem, legis autoritatem ſibi vindicat. Vnde vſu fori numquam priorem legem tolli, verius eſt; iudex enim iura obſeruare obſtringitur, tam in procedendo, quam pronunciando, ea vero perturbare, ac interuertere, nulla ipſi competit poteſtas. Accedit & illud, quod vſus fori in hac cauſſa numquam conſtans fuerit; ſed potius, pro & contra, collegia ſententias pronunciauerint, hinc quum *alleg. textus* de rebus, perpetuo ſimiliter iudicatis, loquatur, obſeruantia fluctuans legis autoritate pollere nequit. Quod ſupereſt principium *nonum* in reuocatione donationis ſitum, illud indagandi infra vberior mihi dabitur occaſio. Quare nunc ad ipſam adplicationem animum aduerto.

§. XXXVI.

Principia, fundamenta cauſſae, ruere non poſſunt, vt non, quae in his fulcris requieſcunt, eodem labefactata motu, concidant. His autem remotis, reliquas, illis conformatas principiis, probationis diluere, tanto minus difficile erit. Ex Longobar-

gobardicis consuetudinibus sibi tutelam promittens, adducit, *in dissert. §. 32.* 1) *text. 2. Feud. 52.* Tametsi autem, quae initio in *textu* adiecta verba: *si non dolose steterit*, eius sententiae fauere videatur, subsequentia tamen: *dolus autem abesse videtur, si iusta caussa impediente steterit*, efficiunt, vt mihi magis quam dissentientibus, robur accedit. Quod quum fusius supra §. meo XX. enucleauerim, nolo crambem bis coctam recoquere, sed breuitatis studio eo me refero. Neque etiam decidendi, *in principio textus* adducta, quid obstaculi sistit. Ita enim loquitur Lotharius: *quoniam inter dominum & vasallum nulla fraus, nec vllum malum ingenium interuenire debet &c.* Quum itaque fraus, ac malum ingenium, a se inuicem disiungantur, in aprico est, per illud, non dolosam mentem, quam fraus iam continet, sed potius animum, reuerentiae cultum parui ducentem, occasionemque, eam testificandi, deferentem; intelligi. Arctissimum namque vinculum, quo vasallus domino, ac fidelitatem, venerationemque exhibendam constringitur, excitare potius feruorem ac diligentiam fidelis, quam negligentiae fomentum dare debet. 2) *Textus 2. Feud. 92.* errorem a dolo separans; non modo, vt extraordinarius, nullam meretur fidem, sed casum quoque, a nostro plane distinctum, exhibet: si nimirum ad fidelitatem praestandam paratum se vasallus dicit; quod si de legitimo ac praefinito tempore intelligas, *textus* non contrariabitur. Cui accedit, quod nec omnem, sed iustum errorem condemnationem remouere, in hoc *textu* dicatur, pro quo ille, qui ex negligentia venit, aestimandus minime est. Sic quoque 3) implicitus ex *2. Feud. 23.*

D con-

consensus elici nequit, dum in hoc *textu* dicitur: *non omnem occasionem sufficere.* Verum hoc est. Modum enim in puniendo excedere iudex non debet, ac extra caussas, legibus adprobatas, vagari, ei neutiquam licet. Quid contrarii hoc continet? Forte quia vlterius dicitur: *egregias quasdam ingratitudinis caussas dari.* Nec hoc obstat. Vocabulum *egregias* non atrocissimas, ex dolo ortum habentes, caussas indigitat, sed peculiares, non omnibus aliis negotiis communes, esse inuoluit. Pari modo 4) *2. Feud. 24. §. illud enim certum est*, ne quidquam adiuuat, verb. *non ex omni caussa, ex qua opinio grauatur, vasalli beneficium amitti.* Et ipse huic legi me conformo, non omnes leuiores caussas sed illas tantum, quas leges statuerunt, priuatione dignas esse. Exinde vero non consequitur, negligentiam liberam haberi ab hac coercitione, qua ipsae leges eam adfecerunt. Et quamuis in *dict. text. §. praedictis modis.* iudici arbitrandi quaedam potestas tribuatur, ea tamen non ita late patet, vt praescriptas a lege caussas, suae aequitatis temperamento, restringere possit. Hac enim ratione inexplicabilis incertitudo iurium efficeretur, omnisque caussae decisio a clementia vel asperitate, qua imbutus iudex penderet. Sed *ipse textus* arbitrium limitibus circumsepsit, in nouiter tantum contingentibus caussis, iudicis placito quid indulgens, quod clare indicant verba: *sed quia natura nouas deproperat edere formas, potest multis modis contingere, vt aliae emergant caussae, quibus videatur iure adimi posse feudum, adeoque iudex solers &c.* Sic etiam argumentum 5) ex *2. Feud. 26. §. si vasallus feudum &c.* in quo casus traditur: quod si va-

vasallus feudum, eius qualitatem ignorans, tamquam rem allodialem, vendiderit, ab emtore, non domino, sed vasallo restitutio facienda sit, me non pungit. Adparet certe, hanc alienationem pro felonia non haberi; sed diuersitatis, quae intercedit, ratio, satis euincit, quam fallax haec sit conclusio. Qui nescit feudi conditionem, atque alienat, animaduersione dignus non est; quum qualitas feudi regulariter non praesumatur, ac ignoranter quoque feudum abneganti, leges subueniant. *2. Feud. 26. §. vasallus feudum.* E contra, qui cognitum habet, se possidere feudum, atque illud, quod, intuitu eius, ipsi praestandum est, deserit officium, negligentia ac ignorantia se defendere nequit. Itidem quod 6) *textus 2. Feud. 26. §. 3.* vasallum, feudum alienari scientem, nec id domino aperientem, propter doli defectum, feudum retinere iubeat, sententiae meae non obstat. Nullibi enim in Iure feudali reperitur iniunctum, vt, si scientiam de venditione feudi habeat vasallus, dominum de eo certiorem reddat. Quum autem ad inuestiturae petitionem omni iure obstrictus sit, velim, vt mihi quis demonstret, congruum, ab actu merae voluntatis, ad actum necessitatis, argumentandi modum. At iam probatum videtur dedisse *Dnus dissent.* obligari omnino vasallum, ad manifestandam venditionem, per *text. 2. Feud. 24. §. 2.* verb. *praeterea*, vbi dicitur: *magnam culpam esse, scire damnum inferri domino, nec id indicare.* Vtique, si detrimentum exinde sentiret dominus, concederem. Verum enim vero, tantum abest, vt iacturam quamdam domino faciat venditio, quae legibus pro nulla habetur, *2. Feud. 55.* vt potius ven-

ditor damnnm sibi inferat, siquidem, felonia hoc modo commissa, dominus reuocandi feudum iustam nanciscitur caussam.

§. XXXVII.

In *ß.33. & 34. dict. dissert. textus*, in quibus negligentiae, culpae, atque incuriae expresse mentio fit, suae sententiae conciliare intendens, inquit: culpam non semper imprudentiam & incuriam, qua aliquid fit, quod fieri non debuit, vel non fit, quod fieri debebat, indigitare, sed quandoque per eam, culpam versutiae, prope ad dolum accedentem, intelligi. Scio quidem quosdam DD. suo ingenio elaborasse, culpae, in versutiae siue malitiae, & ignauiae seu incuriae, distinctionem, inter quos eminet MOLINAEVS *de iustit. & iure disp. 293. n. 5. in fin.* GOTHOEREDVS *in Comment. ad tit. de reg. iur. ad L. 23.* Sed eorum autoritas de veritate me nondum conuincit. Optassem sane, quo *Dnus autor* mentem suam, definitione *culpae versutiae*, vberius explicuisset, vt intelligere valuerim, in quo a dolo differat. Huc vsque, nihil interesse, certum habeo, ac culpam hanc merum redolere dolum, confirmat BACHOV. *ad ß.2. Inst. quib. mod. re contrah. obl. n. 3. in fin.* VINNIVS *ad eumd. loc. §. 11.* Quare, ab omnibus logices principiis declinare hanc diuisionem, non opus duco, latius exponere. Vix est vt LVDOVICO *in vsu pract. distinct. iurid. dist.* 7. non adsensum praebeam, cui de ea diuisione idem videtur, ac si quis hominem in rationalem & irritationalem distinguere conaretur.

§. XXXVIII.

§. XXXVIII.

Adſentientem GROTIVM *in diſſert.* §. 35. inducit, qui *lib. 2. cap. 20.* §. 25. *de iur. bell. & pac.* tam ab intrinſecis cauſſis, quoties lege ſancita poena duritiem continet, quam ab extrinſecis, ſi perſonae delinquentis merita, emendationisque futurae ſpes, mitigationem ſuadent, a poenis liberandi occaſionem deſumit. Haeſito tamen, an GROTII autoritas ponderis quid adlatura ſit. Supra enim iamdum §. meo XXX. prolixe expoſui, ex ſolo clementiae principis fonte dimanare hanc poenae moderationem. Quod PROCOPII elegans effatum, cuius ipſe *Dnus autor in diſſert.* §. 24. mentionem facit, egregie confirmat: *qui aliis moleſti ſunt*, inquientis, *quod eos occupauerit ignorantia, ſiue quod obliuio ſuperuenerit, his etiam, ab iis, qui mala ſunt paſſi, venia eſt danda.* Vti itaque ſoli principi, domino directo, per hanc negligentem petitionis renouandae inueſtiturae omiſſionem, iniuria illata eſt, ita penes eum quoque reſidet facultas, illam vindicandi, vel gratioſe condonandi. Iudex vero aut ICtus hac poteſtate non gaudet.

§. XXXIX.

Nec fortius me tangit ratio dubitandi, *in dict. diſſert.* §. 36. a donationum indole repetita. Quum enim feuda donationibus exaequentur. *2. Feud. 23. & 2. Feud. 24.* §. *2. verb. praedict.* in iis autem reuocandis, nullam, niſi dolum arguentem, cauſſam legitimam agnoſcat *L. 1. & ſ. C. de reuoc. donat.* ſtatuit eo nomine, *Dnus autor*, nec in feudi priuatione, aliam, quam atrocem, malitiamque prodentem, admittendam eſſe. Hos vero *textus* donationes ad tantam ſi-

militudinem adduxisse, vix existimarem. Ingens enim est diuersitas horum negotiorum, quae omnia alia mihi suadet. Conueniunt quidem in suo genere, quod tam donatio quam feudum beneficium sit; differentia tamen specifica, fidelitas nempe feudistica, propriam & separatam feudorum efficiens indolem, abunde nos edocet, arctissimum fidei vinculum, sanctiorem reuerentiae cultum a vasallo, quam a simplici donatario, efflagitare, vt adeo, quae in hoc leuis censeri poterat, in illo atrox omnino, aestimanda sit iniuria. Nec aliud indigitant *text. allegg.* Argumentum in iis saltem ducitur, a minori ad maius. Quae, enim in donationibus, minoribus beneficiis, ad reuocationem sufficiunt, eae multo firmius in maioribus, dignae iudicari debent, caussae. Minime vero inferendum, ergo alias, in donationibus non definitas, adtendendas in feudi priuatione haud esse. In quo quilibet mecum faciet, qui modo feloniarum species, *in textu 2. Feud. 24.* recensitas, ponderabit. Immo eadem ratione sequi necesse esset, quia exheredationum & repudiorum *in d. text. §. praed.* fit mentio, hinc & ab his ad feuda concludendum, quod difficile non minus dictu, quam adsertu est.

§. XL.

Vlterius non subleuat contrariam sententiam: *in laud. dissert. §. 38.* hodiernorum & veterum feudorum indicata disparitatis ratio; inquit nimirum: in Longobardorum beneficiis, lucratiuo titulo concessis, singulari ex caussa opus fuisse renouatione inuestiturae, seuerissimisque, eius petitionem iniungentibus, legibus, ne videlicet vasalli, tempo-

ris

ris tractu, dominium dolose praescribendo, feudali se vinculo extricarent. Hodie vero, mutato hoc adquirendi modo, onerosoque, comparandi feuda, titulo substituto, aliam indolem quoque induere hanc, inuestituram impetrandi, necessitatem. Ast multis haec res adhuc implicata est difficultatibus. Non enim illud tantum dubitandi ansam praebet: feuda, iure Longobardico, omnia gratuita fuisse, quum ex textu *1. Feud. 16. & 20.* emtionis quoque titulo feuda adquiri posse, euidentissime adpareat, &, pecunia interueniente, essentia feudi nihilominus illibata remaneat. Sed hoc quoque ab experientia declinat adsertum: hodie non gratuito, sed oneroso feuda comparari titulo. Certe enim tam copiosa, praeprimis in Saxonia, in contrarium prostant exempla, vbi ex sola clementia principis feuda collata, vt non insulse sustinere possim, pleraque hodie beneficia gratis, minimum, numquam sine liberalitate, concedi. Praeterea certissimum est, naturale hoc feudorum, vt renouatio inuestiturae petatur, non ex eo descendere, quia gratuita concessum, sed ex ipsa forma feudi profluere. Ergo si vel maxime ex liberalitate largirer, naturalibus feudi adcenseri debere, vt gratuito praestetur, quod tamen nullis legibus stipatum, infirmum nihilo secius, remaneret consectarium: hanc ob caussam renouationem non aeque necessariam esse. *Vno enim sublato naturali feudorum, reliqua intacta conseruantur.* Fallit ergo specialis, quam in considerationem vocat, ratio. Hanc quum feudalibus contrariam demonstrauerim legibus, paucis adhuc enucleabo, quod nec Iuris Ciuilis adcommodata sit regulis. Dolose factam prae-

ſcriptionem in iure omni effectu deſtitui, nulla indiget probatione. Requiſitum enim primarium vſucapionum eſt, bona fides, quod paucis incognitum. Quis ergo exiſtimabit, renouationem inueſtiturae ideo eſſe neceſſariam, vt doloſe praeſcribentibus vaſallis, obex ponatur? quum talis praeſcriptio ipſo iure nulla ſit. Aſt pergit: iniquitatem tamen ſapere, quod vaſallus, ſua pecunia comparatum feudum, ob meram negligentiam, perdere debeat. *Quod quis ex culpa ſua damnum ſentit, non intelligitur damnum ſentire. L. 203. ff. de reg. iur. c. 86. d. in 6to.* Imputet ergo ſibi vaſallus, quod tale praedium emerit, cuius qualitatem feudalem ſciuit, aut ſcire debuit; quum neminem oporteat eſſe ignarum eius conditionis negotii, quod contrahit. *L. 19. ff. de reg. iur.* HORN. *Iuriſpr. feud. cap. 17. ſſ. 18.*

§. XLI.

Altera diuerſitas, quae *in d. diſſert. ſſ. 39.* exhibetur: quod feuda hodie, non vt olim, morte vaſalli, exſpirent, ſed hereditaria ſint; adeoque ſucceſſione magis, quam beneficio domini, conferantur heredibus, indubitata haud eſt. Iam Longobardicis conſuetudinibus, ſucceſſionis iure, tam ad deſcendentes, quam agnatos collaterales, feuda deuoluebantur; *1. Feud. 1. ſſ. 1. & 2.* neque tamen quidquam eo nomine, de petendae renouationis neceſſitate, remiſſum videmus. Multo minus in Saxonia hoc diſcrimen adtentionem meretur; quum, eliminato iure ſanguinis, omnis ſuccedendi facultas ex ſimultanea inueſtitura, adeoque ex beneuolentia domini, deſcendat, quod prolixe in §. meo IV. &

ſeqq.

seqq. exposui. Quae praeterea GVIDO PAPA *decis. Gratinop. qu. 49. §. 2.* adfirmat: nostri temporis beneficia, quoad ius succedendi, instar patrimonialium esse, vix digna censeo refutatione. Quis enim tam expers, modi in feudum succedendi, inuenitur, vt feuda patrimonialibus exaequari, vel cogitare saltem possit, non dicam statuere, quod multo inconuenientius? Et quis ex hoc autore feudorum Saxoniae conditionem explorabit? Nec veriora sunt *in diss. §. 40.* adserta *Dn. de* LVDWIG, renouationem inuestiturae in his feudis non requiri. A speciali Silesiae, quae forsan exstat, consuetudine, generalem producere regulam, omnibus principiis, iurique Longobardico, magis adhuc Saxonico, repugnat.

§. XLII.

Erudita sunt, quae *in d. dissert. §. 41. & 42.* de feudorum oblatorum, quorum permulta in Germania esse, haud pauci adfirmant, natura exponit, adplicari autem hic nequeunt. In ea quippe est sententia: vasallum, allodia sua domino in feudum offerentem, maius ipsi beneficium praestare, quam accipere, proinde dominum directum facilius suo dominio, quam vasallum vtili, excidere posse. Sed ab his quoque dissentire, sunt, quae me mouent. Quod si enim turbulentum diffidationum morem, cui feuda oblata originem debere, ipse adserit, ponderamus, plane aliter res sese habet. Tristis erat huius aeui perturbatio. Inclinabant leges. Iustitia in armis, non legibus, ponebatur. Potentia pro tribunali sedebat. Omni securitate extirpata,

 nemi-

nemini a nefandis, ad rapinam incitatis, hominibus, quieta bonorum relinquebatur possessio. Hinc potentia impares, grassantium latronum impetus extimescentes, fortunarumque suarum iacturam verentes, sub alius, qui viribus pollebat, patrocinium res suas conferebant; & quo felicius ab ipso tutamen sibi polliceri haberent, bona in feudum offerebant, seque arctissimo fidelitatis vinculo constringebant, domino e contra ad defensionem, vbi opus, obligato. Atque ex hoc ipso insigniter elucet, quantum in vasallos, quos receperat, collocauerit dominus beneficium. Qui enim ante, perpetuo terrore circumdati, infelicem, quietis ac fortunarum suarum, exitum quotidie exspectandum habebant, iam, demto pauore, domini directi gratia, in quiete viuebant, quum e conuerso domino anxie, de reprimendo inuadentium hostium impetu, cogitare incumberet. Quo itaque extantior est benignitas eius, qui se, in gratiam vasalli, tantis exponit periculis, eo maiori quoque vt vasallus, rerum suarum tutorem, colat reuerentia necesse est. Eamque ob caussam, non modo nihil in his feudis a deuotionis significatione detrahendum, sed seuerissima quoque, qui eam negligit, animaduersione coercendus est. Illis vero, qui ius clientelare solum, domino directo, in oblatis beneficiis tribuunt, ex asse iam satisfecit THOMAS. *in diss. de feud. obl.* §. 63.

§. XLIII.

Pariter contrariae opinioni pondus non addit: *d. dissert.* §. 43. quod hodie inuestitura, non gratis,

tis, sed praestito laudemio, concedatur. Hoc enim de natura feudi ne minimum quidem adimit; quandoquidem omnia, ad formam feudi spectantia, salua ac integra remanent, & sic renouationis indoles quoque haud mutatur. Finem vero renouationis, quem antiquis temporibus fuisse: quo dominus habilitatem vasalli, ad subeunda seruitia, armaque gerenda, cognoscere possit, adnuit, *Dnus autor in d. §. disfert.* legibus haud congruere, vel ex eo liquet, quod, per procuratorem suscipere inuestituram, vasallo libere permissum. *2. Feud. 3. C. sed vtrum. 2. Feud. 58. C. item sciendum.* Vt adeo potiorem huius rei rationem in deuotionis cultu ponendam esse, verius existimem, inprimis cum *Mandatum d. a. 1647. d. 4. Octobr.* iuramentum fidelitatis, prima vice in propria persona, praestandi necessitatem, eundem ob caussam, vasallis iniungat.

§. XLIV.

Vltimo loco robur non vanum quaerit *disfert. laud.* §. 44. in eo: quod in Saxonia vasalli, tamquam subditi, iamiam homagium & fidelitatis iuramentum praestiterint, adeoque renouationem, cessante fere fine, in praestatione iurisiurandi olim consistente, sine detrimento domini differre queant. At enim vero, licet subiectionis sacramentum iurauerint, hoc tamen nihil impedit, quo minus denuo iurisiurandi feudalis ipsis imponi possit praestatio; quum fidelitas feudistica, ab ea, quam subditus tantum debet, multis modis diuersa reperiatur.

§. XLV.

§. XLV.

Quod vero inueteratam illam obſeruantiam, quae diſtinctionem inter feuda exigua & maiora introduxit, adtinet, ei tanto minus adſtipulari poſſum, quo certius conſtat, eius originem non aliunde, quam a DD. inuentis, repetendam eſſe. Recedo itaque, vti par eſt, ab hac obſeruantia, admirans potius omni eruditione expleta, quibus *conſult. aut. diſſ. ſ. 45.* illam explodit diſtinctionem, argumenta. Sed dum eam eleganter refellit, ſibi ipſi, inopinato forſan, contradicit. Quod ſi enim certa eſt, vti ſcite demonſtrat, infirmitas huius excogitatae diſtinctionis, nihil firmius, ſequitur, quam ipſius quoque exinde deductas concluſiones & ſimilitudines, cum ſuo fonte, in vanum reſolui. Sic itaque, excuſſis his dubiis, firmo adhuc tali nititur ſententia: *priuationem feudi, in negligenter aeque, ac doloſe omittentes inueſtituram petere vaſallos, legibus ſtatutam eſſe,* non adtenta, quae vrgetur *in d. differt.* §. 46. contraria conſuetudine. Nuſpiam enim eam reperio. At obſeruantiam forſitan ICtorum hoc inſignit nomine? Errat. ICtorum non eſt conſuetudines introducere, ſed ſecundum eas, ſcriptasque leges, procedere ac pronunciare. Vti enim totum populum ICti non repraeſentant, ita ab eorum ore, effatis, & iudicatis, conſuetudo dependere nequit. Obſeruare leges ipſis incumbit. Legibus contrarias obſeruantias ſubducere, eorum officio non cohaeret. Vid. GRIBNER. *in ſelect. opuſc. iur. publ. cap. 3. §. 2. not. b. p. 113.* qui accurate de his obſeruantiis ſtatuit. Igitur quum iuſtius multo habeam ab antiquiſſimis, iam inueteratis, recedere erroribus, quam inanibus, quas tamen oraculi inſtar, his temporibus, veneramur obſeruantiis ac

ac praeiudiciis obtemperare, vitiaque, a maioribus propagata, continuare, fretus legum autoritate, obferuantiasque, quum praelaudato G'RIBNERO, contemnens, meae fententiae infifto.

§. XLVI.

Reiecta eorum adfertione, qui in dolo vnice poenae priuationis feudi iuftitiam quaerebant, ad alteram me nunc conuertam fententiam. Discrepant alii a priori, culpam latam quoque pro legitima, amittendi feudum, cauffa reputantes, leuem autem ac leuiffimam excufatione magis, quam poena, dignam cenfentes. Quum itaque & illi mihi contrarientur, paucis de eorum fundamentis, quae ex SCHRADERO, *P. IX. part. 1. fect. 7.* huius opinionis, praeter alios, patrono, collegi, dispiciam. Primum ac potiffimum probandi momentum defumunt, ex analogia iuris: quod priuatio feudi poena fit ordinaria, hac autem, ob leuem aut leuiffimam culpam, nemo plecti debeat. *L. 18. §. 1. ff. folut. matrim.* idque eo magis, quum 2) in cauffis pecuniariis lata faltem culpa dolo aequiparetur, *L. 1. ff. fi menf. falf. mod. dix.* Hinc quamuis 3) *culpae* mentio fiat in textibus feudalibus, eaque, generaliter pofita, leuem fignificet. *L. 7. §. 3. ff. de in lit. iur. aliisque leg.* hic tamen pro fubftrata materia delictorum, culpam latam faltem intelligi, neque 4) *negligentiae* paffim occurrentis, vocabuli aliam denotationem effe, fecundum *L. 226. de verb. fign.* His prolatis, alia quoque, ex Iure ciuili, ad fimilitudinem ducta, exempla adfiftere videntur. Quo pertinent 5) argumenta a libertis, quos propter leuem aut leuiffimam culpam, in omittendo, in fer-

ſeruilem conditionem reduci non poſſe, conſtat ex *L. 30. C. de liberal. cauſ.* iunct. *L. 2. C. de libert. & cor. lib.* vt & 6) ab emphyteuſi, omnium negotiorum proximius ad feudi naturam adpropinquante, in qua emphyteuticarius, dolo aut lata culpa vacans, canone, intra legitimum tempus, non ſoluto, iure dominii vtilis non exuitur. *arg. L. 2. C. de iure emphyteut.* Praeter eas, adhuc aliam, lepidam magis, quam veram adducit rationem ADRIAN. BEIERVS *in harmonia Struuio Schnobel. disput. X. theſ. 5.* ita enim inquit: *ſicut autem leuis & leuiſſima (ſcil. culpa) tutorem ab officio non deiiciunt, ita nec vaſallum feudo; ſunt enim leuiora haec errata, cuilibet, etiam probo viro, quotidie metuenda, propter quod, ſi feuda forent adimenda, ambulatoria haec fierent.*

§. XLVII.

Singulis his argumentis breuiſſime tamen, ne diſputationis cancellos egrediar, ſatisfacere elaborabo. Quoad 1) vniuerſale non eſt: poenam ordinariam in culpam leuem & leuiſſimam non ſtatui. Legis Aquiliae actio ex delicto ortum ducit, poenamque ordinariam perſequitur, ſiue leui, ſiue leuiſſima ſaltem culpa, damnum quis intulerit. *L. 44. ff. ad leg. Aquil.* Idem feloniae qualitas deſiderat, quae ne minimam quidem negligentiam a poena laxat, vt ſupra demonſtratum. Hinc etiamſi vel maxime largiar 2) in delictis ciuilibus latam ſaltem culpam dolo exaequari, ſi dolus ſimpliciter redarguitur, in feudis tamen ceſſat haec regula, refragantibus legibus, & hac ratione, ſi 3) culpae, generaliter expreſſum vocabulum, delictorum indoli conformare neceſſe eſt,

tanto

anto certius adparet, in felonia hac omnem omnino :ulpam comprehendi. Neque 5) ex *L. 226. ff. de V. S.* negligentiam, simpliciter positam, sed magnam fal- :em dolo comparari, probatur. Si 6) argumentum, liberto ductum, in considerationem voco, cognosco, ritum sermone prouerbium: *omne simile claudicat*, :gregio exemplo corroborari. Haud me praeterit, amigeratissimam esse, libertorum & vasallorum com- parationem, institutam a DD. Sed insignibus naeuis aborat, potissimum si a reuocatione libertatis, ad eudi repetitionem, concludere conantur. Quis nim nescit: *libertatem inaestimabilem rem esse? ff. 7. qui & quib. ex caus. manumit non poss. Omnibus ebus fauorabiliorem haberi? L. 122. ff. de R. I.* quae bunde satis argumenti imbecillitatem demonstrant. Ieque 6) emphyteusi feuda componere, inconue- iens; quum emphyteuta canonem, non ad reueren- am significandam, sed simplicem recognitionem do- ninii, praestet. Vltima tandem, quam ADRIAN. EIER. subiecit, ratio, irrisionem potius, quam peram in refutando promeretur. Nuspiam certe militudinem vasalli & tutoris cognosco, nisi vtrum- ue hominem esse considerem. Ignoro, quid vitii agis dem huic argumento. Abundat omnibus.

§. XLVIII.

Quum me itaque ex tantis difficultatibus, tot con- ouersiis, copiosisque obiectionibus, extricauerim, aucis, antea quam ad finem depropero, obserua- onibus, differentiam, quae inter Saxoniae & Lon- obardorum Iura, intuitu renouationis inuestiturae :titionis, intercedit, exponam. Anni & diei spa- tium

tium, leges Longobardicas, impetrandae inuestiturae praestituisse, expositum supra §. meo X. Hinc quaestioni ansa praebetur, an terminus hic, legibus definitus, a domino, inuito vasallo, coarctari, vel extendi possit? Si ad iuris analogiam cogitationem aduertimus, eamque Longobardicis moribus adplicamus, euidenter constat, quod domino haec abbreuiandi licentia minime competat, partim, quia dilatio in lege concessa alicui, inuito adimi nequit, *L. 2. L. 4. §. 5. ff. de re iud. L. 5. C. ad L. Iul. de adult.* partim, quod, debitum, ante elapsum terminum, exigens, exceptione plus petitionis temmpore opposita, arceatur a limine iudicii. *§. 53. Inst. de act. §. 10. I. de except. cap. vn. X. de plus petit.* De prorogatione idem sentiendum; quamuis enim, eam in vasalli fauorem tendere, videri possit, saepius tamen summum detrimentum & praeiudicium haec procrastinatio ipsi parit. Hinc, quum reciproca domini & vasalli sit obligatio, *2. Feud. 6. & 33.* vasallo ad petendam inuestituram, intra annum & diem, obstricto, vice versa, dominus intra hoc temporis spatium, renouationem ac confirmationem vasallo denegare nequit. ROSENTH. *cap. 6. concl. 57.* SCHRAD. *Part. 6. cap. 2. n. 2.* STRVV. *cap. 10. aph. 7. n. 3.* Ast leges Saxonicae ab hoc iuris rigore recesserunt, liberrimam domino, tum prolongandi, tum abbreuiandi tempus, tribuentes potestatem. Lehn = R. *cap. 22. 50. & 57.* Quare si dominus angustiorem terminum praefiniuerit, negligenter eum deferens vasallus, tametsi intra annum & diem adhuc compareat, a priuationis poena immunis non habendus est.

§. XLIX.

§. XLIX.

Neque illud praetermittendum, Iure Longobardico, eos tantum renouationis inuestiturae petitionem suscipere obligari, ad quos possessio feudi deuoluitur, qui vero spem solummodo succedendi habent, ab hac necessitate exemtos esse. *Arg. 2. Feud. 26. §. Omnes filii.* ROSENTH. *cap. 6. concl. 49. n. 1.* SCHRAD. *Part. VI. cap. 1. n. 6. 7. 8.* HORN. *cap. 17. §. 4.* CARPZOV. *Part. II. Const. El. 45. def. 17.* Aliud vero in Saxonia Electorali obtinet. Ibi enim omnes simultanee inuestiti, licet feudum nondum possideant, mutata vel domini directi vel vasalli persona, ius, quod habent, in feudo, confirmandum curare debent. *Const. El. 45. Part. 2.* verb. Der gesamten Hand aber soll ein jeder, dem sie verschrieben, wann dieselbe durch Absterben des Lehn-Herrns, oder des Lehn-Mannes und Besitzers gebrochen, ohngeachtet ob er gleich das Guth in würcklichen Besitz nicht hat, innerhalb Jahr und Tag, von Zeit der Wissenschafft, Folge zu thun pflichtig seyn. Quod si neglexerint officium, digni sunt, qui omni iure, ex simultanea inuestitura quaesito, excidant. Neque obstabit, quod in hac *Constitutione* nulla definita prostet poena, quippe quae, aliis iam legibus statuta, hic quoque, vrgente pari obligationis ratione, adplicari debet.

§. L.

Vti vero vaſallorum officii ratio efflagitat, modum, a domino directo, feudo conſtitutum, ſanctiſſima obſeruatione adimplere, ita non petiiſſe eum ſatis eſt, ſed vt legitime quoque hoc fecerit, requiritur. Igitur ſedulo caueat vaſallus, ne modum petendae inueſtiturae *in Mandat. de an. 1691. d. 12. Nouemb.* praeſcriptum, negligat. Quum enim paria in iure ſint, non fieri, & non legitime fieri *arg. L. 6. ff. qui ſatisd. cog.* ipſius, legibus haud conformata, petitio, ei non maiorem a priuatione immunitatem, quam aliis, negligenter facta omiſſio, praebebit.

TANTVM.

II.

II.

COMMENTATIO
AD LEG. VI. COD.
DE
NOFFIC. TESTAMENT.

Quantis, antiquiſſimo tempore iureconſulto-
rum fama celebrata ſit laudibus, quantam officium
e iure reſpondendi adſcenderit in dignitatem atque
auctoritatem, quanta denique conſiliis, quibus iu-
ris periti ad ſolia ſua aduolantium ciuium animos
recreabant, habita fuerit religio, teſtimonio am-
pliſſimo eſt CICERO. Ita enim inquit *lib. de orat.*
*45. quid eſt praeclarius, quam honoribus & rei
publicae muneribus perfunctum ſenem, poſſe ſuo iure
dicere idem, quod apud Ennium dicat ille Pythius
Apollo:* ſe eſſe eum, vnde ſibi, ſi non populi & re-
ges, at omnes ſui ciues conſilium expetant,

Suarum rerum incerti, quos ego mea ope ex
Incertis certos, compotesque conſilii
Dimitto, vt ne res temere tractent turbidas.

At praeſtantius longe praeconium addit, dum do-
mum iuriſconſulti totius oraculum ciuitatis vocare,
eodem loco, non dubitat. En igitur laudis inſigne
ornamentum. Excitare hoc eorum animos ad con-
ſeruandum atque amplificandum, ante collectae fa-
mae, ſplendorem potuiſſet et debuiſſet. Aſt vti-
nam illibatus remanſiſſet ſaltem! Quam malae enim
fuerint famae, ipſa experientia ſubſequentium
temporum edocti, intelligimus. Haec ab ante-
ceſſoribus relicta ipſis gloria, quum feruoris, aemu-
landae, virtutis, incitamentum eſſe deberet, teme-
ritati fomites dabat. Inde, auctoritate ſua abuten-
tes, ad auaritiam animis compoſitis, omnem in iu-
re dicundo exercebant libidinem, iuſtitiaeque pon-
dus non legibus, ſed pecunia iudicabant. Ipſe CI-
ERO, ampliſſimus alias laudis iuris periti praeco,

 per-

peruerſos eorum mores non mediocriter vellicat, *in or. pro L. Muraena c. 17.* inquiens: *nam quum permulta praeclara legibus eſſent conſtituta, ea iuris conſultorum ingeniis pleraque corrupta ac deprauata ſunt.* Quorum itaque domus ante oraculum totius ciuitatis ſalutabatur, illa iam domicilium ſuperbiae, auaritiae, temeritatis, ac fere omnis libidinis erat. Inanes enim, his triſtiſſimis temporibus, reperiebant domus eorum omnium, qui de iure conſuli ſolent, vt conqueritur CICERO *orat. in Verr. lib. III c. 46.* Sepulta ergo videbatur auita, qua excellebant iuris conſulti, gloria. Sed hoc non tantopere mirandum eſt, quum & ipſi, qui iudicium ſuſtinebant partes, nundinationes iuris habere, religioni ſibi non duxerint. Voco in teſtimonium rurſus CICERONEM *de leg. agrar. contra Rullum ad popul. c. 14.* verb. *Sed illud magis credendum ac pertimeſcendum, quod audaciae decemuirali, corrumpendarum tabularum publicarum, fingendorum ſenatus conſultorum, quae facta numquam ſunt, quum ex eo numero, qui per eos annos conſules fuerunt, multi mortui ſint, magna poteſtas permittitur, niſi forte nihil eſt aequum vos de eorum audacia ſuſpicari, quorum cupiditati nimium eſt anguſtus orbis terrarum.* Ac, ni fallor, turpiſſimum iuſtitiae mercatum viuide repraeſentat exemplum, quod CICERO de plebeia quadam clientula Verris Chelidone, L. Piſonem, iuris edicundi gratia, adeunte commemorat: *orat. in Verr. Lib. I. c. 46. a qua muliere quum eſſet ad eum ventum, & in aurem eius inſuſurratum, alias reuocabat eos, inter quos iam decreuerat, decretumque mutabat, alias inter alios decretum*

um fine vlla religione decernebat, ac proximis paullo mte decreuerat. Et hac forsan iudicum, nomine nagis quam virtute talium, improbitate ac lasciuia dlecti & inuitati quasi, adhuc sub pectore latenti udaciae frena laxabant, illimitatamque in iura grassandi sibi licentiam arrogabant. Salutis itaque publicae rei vtilitas efflagitabat, vt, hac effraenata ius reddendi libidine restincta, ad exitium fere vergenti iustitiae medicina adhiberetur. Primus omnium sauciam tum temporis iustitiam sanare adlaborauit AVGVSTVS, absolutam hanc de iure respondendi libertatem, commodo publico tantopere nociuam, restringendo. Nec enim est, vt sapientissimum hoc Imperatoris institutum politica solum atione subnixum fuisse existimem cum HEINECCIO *Antiquit. Roman. ad Inst. L. I. Tit. II. §. 39. not. t.* quo hac via aditum sibi ad vindicandum tandem legum ferendarum imperium, huc vsque populo proprium, pararet. Ipsum sane quaestuariae ustitiae exercitium non vltima huius capiundi consili caussa videtur. Quo itaque aliqua saltem ratione pristinam iuris consultorum, aliorum malitia labentem, ac fere inclinatam, restauraret autoritatem, quibusdam tantum, quorum in animis adhuc eligio versabatur, iuris scientia conspicuis, praeuia t videtur cognitione, de iure respondendi potestatem largitus est. Et sic dignitatem simul iurisprudentiae a contemtu vindicauit. *L. 2. §. 47. ff. de rig. iur.* Conseruata ipsis quoque est autoritas a succedentibus Imperatoribus, ita tamen, vt haec officii dignitas praemium magis optime de re publica meritorum, quam beneficium videretur. Eam ob

eaussam quum viri praetorii ab HADRIANO peterent, vt sibi haec decernatur honor, optimus ille Imperator responsum tulit: *hoc non dari sed praestari solere beneficium. L. 2. §. 47. ff. de orig. iur.* Aequalis ab initio erat eorum autoritas, Papinianum si eximas. Illum enim in eminentiori dignitate constituit THEODOSIVS IVNIOR sanciens: *vt si numerus iure consultorum, in diuersas sententias discedentium, aequalis esset, eius partis praecederet autoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat. Hunc enim* addit *vincere singulos, neque cedere nisi duobus. L. 1. C. Theod. de respons. prudent.* Stare potuisset de iure respondentium societas, si inuidia, indefessus honoris comes, gloriae socium ferret. Hac inflammati, de triumpho concertantes, in partes distrahebant iustitiam. Infelicem adeo exitum nobile Imperatoris AVGVSTI institutum habuit. Quam enim in rectum reducere tramitem adnitebatur iustitiam, ei nouae grauioresque tempestates subitam minabantur perniciem. Et quamuis postea IVSTINIANVS Imperator, melius informato iure, omnem ad se, condendi leges aeque ac interpretandi, reuocauerit potestatem, *L. f. C. de legib. L. 2. §. 1. C. de vet. iur. enucl. iunct. §. 12 de concept. Dig.* sancta tamen haec Imperatoris voluntas, callidae tunc temporis iure consultorum astutiae obsistere non potuit. Difficilis sane ad nouam inuentionem videri poterat aditus. Occlusi erant fontes, de iure respondendi nec non interpretandi leges facultate ademta. Sed fortes hi ac animosi viri spiritus non remittebant. Confirmabat ipsorum animos effatum IVSTINIANI L. 2. §. 15.

ff. de

de orig. iur. *Exiguum est ius in ciuitate, nisi nt, qui iura regere possint, & constare non potest is, nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit quoidie in melius produci.* Publico itaque bono ac inremento iustitiae se natos existimantes, iam omnes, uotquot iure consultorum nomine se iactabant, rauissimo ingenii impetu in iura irruentes, ea in nelius producere meditabantur. Vtinam voluntai, non omnino spernendae, exitus respondetit! Haec enim ipsa est origo, haec stirps, ille fons mnium, quibus & hodiernis temporibus iurisprulentia implicata est, difficultatum. Quot capita ot sensus; quot ingenia tot diffidia extiterunt. Vt nim in corporibus magnae sunt dissimilitudines, sic n animis existunt maiores varietates. Quod si recte se habet, non est mirandum, PHILIPPVM VRCHARDVM *de hodiern. iurispr. naeu. & remed.* ta scribere: *Haec & reliqua omnia Doctorum & interpretum commentarii, distinctionum, correctionum, impliationum, limitationum, altercationum mercenaiarum, & monstrosarum saepe opinionum inuolucra, ideo lacerarunt, vt neque principium neque exitum equitatis in iis inuenias; sed cum casus aliquis incidit in tanta traditionum diuersitate, incertus haereas, nec quo te vertas scias.* Quo enim minus subequenti tempore a disceptatione intermissio facta, o periculosius in discrimen incidit iurisprudentia. Hinc, si fas est dicere, IVSTINIANI dictio, *in L. 2. ff. de iur. & fact. ignor. quod ius semper certum ac finitum sit*, nihil vanius, falsiusque hodie eperimus. Piget diutius fontes fluctuantium opinionum haurire. Prolixe in harum stirpes inquirunt

E 5

runt NATHEN. *de iustit. vulner.* GRIEBNER. *Select. Opusc. Tom. IV. sect. 3.* Illud saltem adiecisse praestabit, quod, quamuis hodiernis temporibus, vbi veterum iure consultorum ludibriis parum indulgetur, sed a publicis vt plurimum collegiis, exquisitae eruditionis viris affluentibus, ius redditur, in salubriorem iustitia statum peruenerit; altissimarum tamen radicum, quibus disseminati dissensus in iustitiae solo defixi, fibras euellere, supra humani generis vires positum sit. Neque, confido, vllus vnquam de eo dubitabit, qui illud modo, quod iam pertractabo, *legitimae* argumentum paullo curatius ponderaturus est. *Legitimae* quantitatem ex patrimonio, tempore mortis defuncti existente, communiter fere dimetiuntur, iuxta *L. 6. C. de inoff. testam.* Sed hoc ipsum erroribus, dubiis ac ambiguitatibus non vacat. Tradunt quidem abunde computandi modum, ast, vel nullo habito selectu inter modos, quibus *legitima* violatur, errores pariunt; vel rem per exempla tantum demonstrantes, non antepositis, vti par erat, genuinis principiis, lectorem perturbant magis quam de veritate conuincunt. Dabo itaque operam, vt, quantum pro ingenii viribus potero, rem multis immixtam difficultatibus, intellectu faciliorem reddam. Expediti iuris est, non liberis saltem ac parentibus, sed fratribus quoque sororibusque agnatione coniunctis, si eis persona leuis notae macula adspersa antepofita sit, portionem legibus definitam, *legitimam*, vt vocant, deberi *Nou. 115. c. 3. & 4. iunct. §. 1. I. de inofficios. testam. L. 27. C. eodem.* Hae itaque personae, si se in *legitima* detrimentum sentire con-

conquerantur, necessitas efflagitat eius computationem instituere, quo elucescat, vtrum iusta petendi appetat caussa. Qua in cognitione suscipienda vt accurate versemur, in id operam impendere debemus, vt constet, cuius temporis, mortis aut vitae, in calculo *legitimae* subducendo, ratio ineunda sit. Distinguere hic refert modum computandi varietate actuum *legitimae* damnum inferentium. Laeditur enim quis in *legitimae* portione, vel vltima voluntate, vel actibus inter viuos susceptis. Priori modo damnum emergit, quoties per coheredis institutionem, fideicommissa vniuersalia, particularia, aut legata, *legitimae* quantitas, illibata reliquendi, diminuitur. Vltimum hoc vocabulum, *diminuitur*, indicat casum, quo demum leges computationem adbibere efflagitant. Caue enim putes, in querela inofficiosi testamenti hanc quantatis *legitimae* indagationem sibi hodie quidquam vtilitatis vindicare. Iure quidem Pandectarum, quo, si minns *legitima* relictum, querelae locus dabatur, *L. 8. ff. de inoff. test.* vsu non destituta videtur. Postea vero quam IVSTINIANVS *§. 3. Inst. de inoff. testam. L. 30. C. eod.* hanc querelam ad eum saltem casum, si nemo penitus quis exheredatus, restrinxit, omni fructu computationem carere, in aprico iacet. Inde vna facillime liquet, quod in actione potissimum suppletoria *legitimam* ad calculum reuocare intersit. Hac instituta, in quaestionem venit, num mortis aut vitae spatium considerare debeamus? Posterius introspicere tempus iubet *L. 6. C. de inoff. testam.* verbis, *quum quaeritur an filii de inofficioso patris testamento possint dicere: si quartam bonorum partem*

mortis

mortis tempore reliquit, inspicitur. In huius dispositionis rationem inquisiturus, parum adsecutos eam esse intellexi FRANZKIVM *ad Tit. D. de inoff. testam. n. 38.* & CARPZOVIVM *Part. III. Const. El. 12. def. 10.*, caussam ex *L. 24. ff. qu. in fraud. cred.* nec non *L. 3. & 73. ff. ad leg. Falc.* deriuantes: quia scilicet ante mortem, propter casus ex improuiso accidentes, ex quibus facultates vel augmentum vel decrementum capiunt, intelligi non potest, quid, quantumque tempore mortis futurum sit in alicuius bonis. Vitium enim, vel, vt philosophi loqui amant, circulum in demonstrando commissum esse, facile patet. Hanc si sollicite memoriae impresseris, illud tamen solummodo exinde deduces, quod, si mortis tempus inspici debeat, ante perfecta minime inst tui queat cognitio: cur vero leges hoc potissimum momentum considerandum duxerint, fugiet animum tuum. Multo adhuc minus ad fontem huius sanctionis accedunt, caussam in eo quaerentes: quod *legitima* nulla sit viuentis. Valet hoc principium, si de exigenda *legitima* quaeritur, ast, quam incomte ad computationem *legitimae* eius fiat adcommodatio, adparet ex *Nou. 92. c. 1.* Verior itaque huius legis ratio ex ipsa indole & caussa supplementi quod petitur, promanat. Vniuersum illius fundamentum ponitur in vltima voluntate ex qua legitima quid detrimenti sensit. Hoc praestructo, quum morte testatoris demum vltima voluntas confirmetur, ante vero effectum minime producat *arg. L. 4 ff. de adimend. & transferend legat. & L. 25. ff. de leg. 3.* consequens exinde prono defluit alueo, quod, deficiente ante mortem fundamento, ipsius

ɔfius quoque fupplementi & quantitatis legitimae nenfura, non nifi ex patrimonio, tempore confirnati teftamenti exiftente, dimetienda fit. Accedit, uod actione fuppletoria vtens ex hereditate fibi faisfieri petat, quae ante mortem numquam intelligitur *L. 63. ff. de reg. iur.* Satis, vt arbitror, luculener ex huc vsque commemoratis patebit, computaienem legitimae, per vltimam voluntatem laefae, nortis demum tempore aeftimare, & principiis legum & fanae rationis ex affe conuenire. Aft nonlum fuperatas intelligo omnes difficultates. Leniora enim haec dubia grauiora excipiunt. Magna iner DD. enata eft contentio: an, fi poft mortem teftatoris auctae fint facultates aut diminutae, legitima quoque exinde augmentum vel detrimentum capiat? Campum diuerfarum, quae haec controuerfia exciauit, opinionum aperire, inftituti ratio non permittit. Euoluas FACHINAEVM *Controu. Iur. lib. IV. ap. 26.* CASP. MANZ. *Biblioth. auream. iurid. polit. heoretice practic. tract. VIII. de legitima. quaeft. 16.* MERCVRIAL. MERLIN. *tractat. de legitima lib. V. it. 3. qu. 7.* ZOES. *Comment. ad Dig. tit. de inoffic. eftam. n. 97. feqq.* Taceo alios, fat enim laboris fibi latum quisque intelliget. Eligas ex his, cui dicas, u mihi fola places. Quid mihi videatur, paucis exponam. Quod fupra iam fufius tradidi, legumque ac rationum fundamentis fubfulfi, principium: *egitimam, vltima voluntate delibatam, ex tempore nortis definiendam effe;* eo ad hanc controuerfiam adplicato, non difficile erit intellectu, me in illam ibire fententiam, quod *nullum omnino incrementum, n facultatibus teftatoris poft mortem contingens, locu-*

pletio-

pletiorem reddat legitimae quantitatem. Quum autem saepe casus eueniat, vbi, adaucto patrimonio post mortem, ille, cui legitima competit, plus, legitima tempore mortis ponderata, consequatur, opus esse duco, vt explanem, quando, quaque ratione hoc legitimae accedat emolumentum. Tota res commoda adplicata distinctione ab omni dubio vindicari posse videtur. Vel enim augmentum accedens ita est comparatum, vt fictione iuris retro exstitisse censeri queat, vel huiusmodi est, quod illam legis fictionem non patitur. *Prioris generis* incrementa hereditatis quod spectat, ex iam saepius adducto principio indubitate defluit, ea in legitimam simul computari debere. Fictio idem operatur, quod veritas, *L. 1. ff. de adopt. L. 44. ff. de excusat. tut.* Vti itaque, si mortis tempore vere tanta fuisset patrimonii quantitas, legitimae exinde aestimatio desumi debuisset, ita idem effectus fictioni legis impertiendus, legitimaque ex hoc augmento supplenda erit, ac si in rei veritate mortis puncto iam exstiterit in hereditate. Neque refert, solutaue iamiam sit legitima, nec ne. Sufficit, quod, si huius augmenti ineatur ratio, non integra praestita sit, quare merito, vt eum resarciat defectum, compelli debet heres. Luculentior adhuc, spero, res euadet, si ea principia aliquibus conformem exemplis, in legibus passim occurrentibus. Pertinet huc primo casus: si post mortem serui ab hostibus in captiuitate retenti reuertantur. Efficit enim tunc fictio postliminii, vt numquam in hostium captiuitate fuisse censeantur. *arg. L. 13. §. 1. & 6. L. 16. L. 19. ff. de captiu. & postlim.* Si ergo numquam in hostium potestatem redacti videntur, sequi-

uitur, quod, posteaquam reduces facti sunt, re-
in patrimonio existere fingantur, ac proinde le-
imae aestimatio ex horum pretio resultet. *vid.*
ES *ad Pand. tit. de inoffic. test. n. 98.* Consimili
ione res se habet, si defuncto aliquid ex contractu
beatur sub conditione, eaque post obitum eius
stat. Si rei veritatem consideramus, certissime
ter, illud debitum ad patrimonium tempore mor-
existens, referri minime posse. Conditio enim
iecta suspendit actus perfectionem *L. 7. ff. de con-
ib. emt.* atque ante conditionis euentum neque ces-
neque venit dies obligationis. *L. 213. ff. de verb. sign.*
t, quod veritate non procedit, fictione legis per-
itur, quae tempus existentis conditionis retrotrahit
conuentionis initium, seu, quod idem est, fingit
, ac si ab initio statim debitum efficaciam habue-
L. 2. §. 1. ff. qui potior. in pign. Quo nomine
dubitata dimanat conclusio, legitimam etiam ex
i debito incrementum capere. Firmo itaque ad-
ic talo nititur regula *Legis 6. C. de inoffic. testam.*
bataque remanet, quamuis illud augmentum legi-
nae emolumento esse largiamur. Neque est, quod
istimes, me nouam defendendam suscepisse opi
onem, magnum potius eidem suffragantium, nu-
erum deprehendes, euoluto MERCVR. MERLI-
o *in tract. de legitima, lib. V. Tom. 3. quaest. 7. n. 27.*
non aeque commune cognosces fundamentum,
iod in producta positum a me est distinctione. Hac
im an quisquam DD. ad quaestionis controuersae
luitionem vsus sit, dubito. Mea autem perum
c refert. sufficit, me haec omnia ex legum fonti-
s deriuasse, a quarum auctoritate meae sententiae
pro-

profecto plurimum patrocinii accedere poteſt. Quapropter ne operae quidem pretium me facturum eſſe intelligo, ſi variis obiectionum ſpeciebus; quibus alii ſententiam hanc pro viribus interuertere contendunt, quas vide in MERLIN. *alleg. loc.* & MANZ. *tract. de legitima*, *qu. 18.* manum admouerem. Adtingam tamen potiſſimum diſcrepantium momentum, ex *l. 44, ff. de bonis libert.* arceſſitum. Primo quidem intuitu videtur haec lex ſummum contrariae opinioni adiicere pondus, atque innuere, quod augmentum nulla ratione debeatur. Sed integra adhuc relicta eſt res. Traditur in *d. lege* exceptio a regula, quod in legitima patronorum fictio haec, iure alias introducta, locum ſortiri non debeat. Confirmatur itaque eo magis prior regula; quum a iure communi exorbitantia ad conſequentiam nullatenus ſint trahenda. *L. 14. ff. de legib. c. 28. de reg. iur. in 6to.* Reliquas obiectiones, vtpote fundamentis ſaltem, quibus alii hanc theſin ſubfulciunt, obmotas, absque periculi metu ſilentio praetereo. Meum enim, quod dedi, principium non adtinent. Satis de hoc augmenti genere. Tranſeo ad aliud, in quo ceſſat haec iuris fictio. Varias illud complectitur ſpecies, adluuiones, fructus, valorem rerum, ac ſimiles acceſſiones poſt mortem quandoque hereditatem augentes. Haec incrementa an legitimae veniant imputanda iam diſpiciendum erit. Qui inde legitimae quantitati quid accedere contendunt, nihil aliud euincunt, quam quod non ex mortis momento, ſed eo, quo legitima detrahitur, tempore, legitimae computatio inſtitui debeat. Erubeſcant autem huius ſententiae ſuffragatores. Nulla cum lege loquuntur,

quiuntur, ingenio nimis indulgent, immo ingenio peruertunt *L. 6. C. de inoffic. testam.* Haec mihi lex in animo condita efficit, vt DD. autoritati vix pretium hac in caussa statuere possim. Praestantius duco, eligere sententiam legum sanctionibus adcommodatam, & haec est, vt huius generis augmentorum hereditatis, fictionem retrotractus non admittentium, in computatione *legitimae* nullum plane habeamus respectum. Aliud tamen dicendum erit, si heres in restituendo debito hoc bonorum subsidio moram nectat. Hoc enim in casu, quidquid augmenti accesserit substantiae hereditariae, illud pro rata *legitimae* portionis praestari debere extra omnem dubitationis aleam positum est. Vix aliunde commodius huius rei arcesses caussam, quam quod vnicuiuis sua noceat mora. *L. 173. ff. de reg. iur.* iunct. *L. 32. ff. de vsur.* Ne itaque quis ex alterius iniusta dilatione detrimentum sentiat, alterum e contrario ex suo delicto praemio & lucro adfici permittamus, fas omnino est, in a me traditam discessionem facere sententiam. Consentit fere mecum MVLLERVS *in differt. de debito bonorum subsidio*, in eo saltem discrepans, quod distinctionem, cum aliis, inter augmenta intrinseca & extrinseca foueat, & haec etiam post moram non deberi adfirmet. Quod tamen nec ipsi nec reliquis dandum iudico, solida diuersitatis ratione destitutis. Sed quum tam parcos, quos hac euolui occasione, in exponenda huius morae indole intellexerim, maxime tamen intersit, cognitum habere, ex quo tempore mora ab herede contrahatur, illam paullo luculentius delineabo. In mora itaque dico esse heredem, quoties, postea-

F quam

quam adiit hereditatem, vel pro adita, lege, habetur, actione, tempore, quo conuenire heredem legibus permissum est, ab altero instituta, soluere legitimam retardat. Primo requisiui hereditatis aditionem. Hinc euidentissime patet, quod si heres beneficio iuris deliberandi, in legibus ipsi concesso, vtatur, in mora deprehensus diei non possit. Quum enim interea temporis consultationem tantum suscipiat de adquirenda vel omittenda hereditate, *L. 1. ff. 1. L. 2. & 5. ff. de iure deliber.* ante hoc euolutum spatium cum effectu heres non intelligitur. Praeterea mora quoque est frustratoria ac iniusta dilatio, HAHN *in tit. ff. de vsur. n. 3.*, quae ex dolo & lata culpa ortum ducit. *L. 63. ff. de reg. iur.* Vacat vero hoc delicto, qui iure suo fruitur, & sic nemini infert iniuriam. *L. 55. ff. de reg. iur.* Praeterlapso autem anni spatio, deliberationi praefinito, etiamsi non adierit hereditatem, illico tamen, quum aditam eam esse censeant ipsae leges, *L. f. ff. 14. C. de iure deliber.* morae poenam non euadit, si supplere *legitimae* debitum remoretur petenti. Petenti inquam merito. Neque enim ex sola hereditatis aditione statim promanare potest morae delictum, vnde, si vel maxime sciat talem personam superstitem, cui *legitima* debetur, si quoque compertum habeat, saluam *legitimae* partem in testamento relictam non esse, nullo tamen modo ad spontaneam oblationem deuinci potest. Idque multo magis, quum *L. 88. ff. de reg. iur.* suffragio sit, verb. *nulla intelligitur mora ibi fieri, vbi nulla petitio.* Immo ne semper quidem instituta actione heredem in mora constitui censendum. Quid si enim

enim illegitimo tempore agat? Quotusquisque est, qui nesciat, non fieri & non legitime fieri pari passu in iure ambulare. *arg. L. 6. ff. qui satisd. cog.* Vti itaque si plane intermissa actio, heres nullam inferre moram intelligitur, sic simili modo ea, legibus interdicto tempore, instituta, procrastinationis suspicionem aduersus illum non parit. Fac ergo filium v. c. intra tempus, inuentarii confectioni, si hoc beneficio sibi consulere velit heres, destinatum, (quod quale sit intelliges ex *L. 22. ∫. 2. & 11. C. de iure deliber.* exigere debitum bonorum subsidium; an existimabis iure hoc facere eum? aut credes, morae periculum deuolui? Nullo iure hoc defendes. Obstaculo tibi erit *∫. 11. alleg. L.* quae omnem, currente hoc spatio, licentiam, heredem actionibus inquietandi, funditus exstirpat, addita gemina ratione: quia hoc spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum. Nec est, quod diuortium forsan a me facturus, de insigni quodam patrocinio *L. 32. & 33. C. de inoffic. test.* glorietur. Coloris aliquid dant, sed ipsius sententiae pondus non inest, labefactant eum potius mirum in modum. Omnes enim hae leges eo collimant, quod legitima sine omni mora praestanda sit. Quod morae vocabulum, si in significatu iuris, vti ICtum decet, non secundum grammaticorum apices, intellexeris, vix quidquam deprehendes, quod in tuas trahi possit partes. Pone vlterius, heredem illico, quod Iure Ciuili permissum erat, adquirere hereditatem, viribusque hereditatis confidentem, nec deliberandi nec inuentarii beneficium suae vtilitati adcommodare, an intra nouem dies post obitum actio contra eum

cum effectu dirigetur? Nihil minus. Omnia quae aduersus heredem, nondum elapsis his, grauissimo, intimis plerumque ab initio inhaerenti cordibus, luctui datis diebus suscipiunt, inualida esse decreuit legislator *in Nou. 115. c. 5. §. 1.* Cessat igitur & hoc in casu mora. Multo adhuc minus Iure Saxonico, lite intra trigesimum diem post mortem mota, in mora deprehenditur heres: quum neminem fugiat, ante huius termini finem ne permissum quidem esse, vt Iure Ciuili tamen licebat, administrationem rerum hereditariarum sibi adrogare. Land-R. *Lib. 1. a. 22.* His praemissis, puto, liquebit facile, quo in casu eiusmodi augmentum post mortem contingens ab eo, cui leges *legitimam* tribuunt, exigi queat. Non deerunt tamen, qui existimabunt, me ipsum hac ratione extra limites regulae *in L. 6. C. de inoffic. testam.* cuius ingenuitatem vindicare mihi sumsi, vagari, quum minimum in casu existentis morae heredis, in quantitatis *legitimae* computatione, non mortis, sed ipsius detractationis, spatium considerandum sit. Sed non committam, vt, proprio perstringi posse gladio videar. Concessi quidem, quod talismodi incrementum hereditarium debeatur, sed quantitatem ideo aliam esse, quam tempore mortis aestimata fuit, minime sequitur. Illud, quod ex tempore morae debetur, non praestatur tamquam *legitima*, sed praeter *legitimam*, poenae scilicet loco, in iniustam procrastinationem statutae. Casus hic esto. Defunctus reliquit hereditatem nouem millium thalerorum tempore mortis. Superstes est filius. Debentur huic tria millia *legitimae* loco, quod constat. Hic, quum in mille tantum

insti-

institutus sit thaleris heres, agit contra coheredem ad supplenda duo millia thalerorum, quae desunt debitae portioni. Retardat heres supplementum praestare. Posteaquam mora contracta augetur hereditas, ita, vt iam tribus millibus superet pretium hereditati tempore mortis legitime statutum. En igitur hereditatem nunc duodecim millium thalerorum redditam. Quantam itaque exigere poterit *legitimae* partem? Tria millia thalerorum ipsi iure *legitimae* cedunt, haec enim erat tertia pars patrimonii tempore mortis relicti. Sed dixi tamen deberi quoque incrementum pro rata huius partis, ergo quatuor millia ad eum pertinebunt. Qui fit? Mille thaleri, ex augmento post mortem contingente, debitae excedunt quantitatem *legitimae*, quae constabat tribus saltem millibus, petuntur itaque non *legitimae* sed interesse loco, ad quod praestandum leges quemuis morae reum obstringunt. Quocumque itaque te vertas, cognosces incorruptam me retinuisse *L. 6. C. de inoffic. testam.* In tanto vero dissidiorum strepitu cum versetur nostra iuris prudentia, non est quod mireris, (dubitare plane non licet,) opinionem, quam foueo, perplurimos habere aduersarios. Multos ipse cognoui ex alleg. MERC. MERLINO, MANZIO, BERNH. GRAEVAEO, *practic. conclus. & considerat. lib. 2. concl. 120.* MVLLER. *diss. de debito bonorum subsidio.* Hos ad duas potissimum classes referri a me posse intellexi. Altera est eorum, qui impositi plane ac minus verecundi ad rem accedunt, legumque sancita parum sibi cordi habentes, ratione augmenti tempus, quo *legitima* soluitur, spectandum esse, auda-

cia magis quam specie quadam defendunt. Horum refutatione eo lubentius supersedeo, quo dilucidius ipsae iam leges eos refellunt. Altera est eorum, qui *d. L. 6.* debitum quidem exhibent obsequium, subtili tamen ingenio augmentum hereditatis post mortem statim, nulla quamuis praecedat mora, addicunt. Horum in rationes componendas aliquid operae impendere iustum omnino est. Contendunt nimirum, non augeri per incrementa hereditatis *legitimam*, sed si heredes essent instituti in parte debitae portionis, hoc ipsum nomen heredis fundamentum praebere, cur indistincte, quidquid post mortem accesserit, eis adscribendum sit. Fateor multum subtilitatis inesse huic argumento, animum tamen a sententiae expositae defensione non deflectit. Est heres, largior, verum quum testator eum in *legitimae* parte instituerit, suffragante *L. 6. C. de inoffic. testam.* adstruere mihi licebit, eum in momento mortis solum pro tali haberi. Qualitatem vero heredis postea eum exuere, tanto lubentius mecum quisque sentiet, quo liquidius constat, nullis eum oneribus hereditatis subiectum esse; *L. 32. C. de inoff. testam.* iunct. *Nou. 18. c. 3.* ad quae tamen subeunda heres alias, vi quasi contractus aditionis, constringitur. *L. 8. ff. de adquir. vel omitt. hered. §. 5. I. de obl. qu. quasi ex contr.* Ast iniquitatis forte, cum aliis, notam opinionem meam non effugere existimabis, quum *legitimae* fauor, ad quem omnis componenda interpretatio, contrarium exposcere videatur. Quod si enim statim post mortem tradita fuisset *legitima*, ipse forsan

hoc

hoc emolumentum sensisset. Liberabo me ab hac quoque suspicione, atque par pari relaturus, in hoc ipsum vitium, quo laborare meam thesin existimant, contrariae potius fautores delabi, exponam. Contendentes nempe augmenta hereditatis deberi, absque vlla mentis haesitatione concedunt, imo largiri obligantur, decrescente post mortem hereditatis substantia, diminui quoque *legitimae* portionem. Pari enim passu in iure ambulant augmentum ac diminutio, iuxta regulam *L. 8. ff. de legat. 1.* vid. FACHIN. *Controu. Libr. IV. c. 26.* MANZ. *Tr. de legitima qu. 19.* MERCVR. MERLIN. *cit. loc.* Hoc vero, quantopere iniquum sit, neminem fugit, quantum a *legitimae* fauore declinet, latissime patet. Leuis ac pertenuis, imo nihili fere habenda est spes emolumentorum, si eam ingenti ac subitae periculorum tempestati comparemus. En igitur, quam mediocriter aequitati consulat opinio, quae, ob lubricam ac obscuram commodi exspectationem, *legitimam* in tantum discrimen vocat, eorumque quibus hoc beneficium tributum, animos spe metuque, suspensos perturbat. Multo itaque aequius judico, vt, ad effugiendas infinitates, quas vitari dictitant *L. 13. ff. vlt. ff. de damn. inf. L. 2. ff. 18. ff. de legat. 3.* computationem *legitimae* ab omni huius augmenti consideratione abstrahamus; ita, vt neque aliquid ex incremento sperare, neque ex detrimento metuere debeant. Demonstraui huc vsque pensandi *legitimam* modum, si vltima voluntate laesio contigerit. Quem qui accurata animi lance ponderabit, intelliget, passam esse viam

F 4 ad

ad ſyrtes diſtinctionum, limitationum ac ampliationum, quibus DD. hoc argumentum mirifice vexant, lectoriſque ſtomachum mouent, effugiendas. Ordo me duceret iam, vt iis, quae alteram meae tractationis partem conſtituunt, accingerer, modo videlicet ad calculum reuocandi *legitimam*, ſi, actibus inter viuos ſuſceptis, vtrum imminuta ſit contentio exoriatur. Sed quum haec res, vtpote multis illaqueata difficultatibus, prolixam deſideret explanationem, filum abrumpere inſtituti ratio poſtulat. Alia tamen occaſione me hunc, quem ſuſcepi, laborem abſoluturum eſſe, promitto ac ſpondeo.

III.

III.

DISSERTATIO

DE

IVRE SEPVLCHRORVM FAMILIARIVM ATQVE HEREDITARIORVM EIVSDEMQVE ILLICITA NON OMNIBVS CONSENTIENTIBVS DIVISIONE ALIAVE ALIENATIONE.

§. I.

Est quidem haud ferenda, exstirpanda potius, vniuersa rerum omnium societas, foecundissima illa dissidiorum mater, quam magnae auctoritatis viri ex iuris naturae fontibus deriuare posse crediderunt, & in demonstrando suam nauarunt operam, inanem tamen. Nolo in euoluenda hac disputatione, a DD. copiosius iam agitata, multum absumere temporis. Dominia, si rem a primis conditi orbis temporibus repetamus, distincta fuisse reddita, naturae principiis nihil adcommodatius dici potest. Veteres tamen iustitiae, in exercendo dominii iure, tantopere coniunctam habebant beneficentiam, vt, non numquam de iure suo decedentes, fructuum ex agris, quos coluerant, collectorum rerum angustiis pressos participes redderent. Quam rem scite explanat LACTANTIVS: a) *non vt existimemus, nihil omnino tum fuisse priuati, sed more poëtico figuratum, vt intelligamus, tam liberales fuisse homines, vt natas sibi fruges non includerent, nec soli absconditis incubarent, sed pauperes ad communionem proprii laboris admitterent.* At in dies ingrauescente malitia, animisque hominum in libidinosam inclinantibus negligentiam, huic quoque, maxima in virtute ante positae, liberalitati modus statuendus erat. Verendum enim, ne, quum paupertatem hoc solatio leuare pie meditarentur, alii, propter desidiam in otio viuentes, in turpi inertia capiant voluptatem. Ergo nec haec, ex liberalioris gentis arbitrio deriuata, fructuum communio longo adeo tempore salua constare po-

a) *Diuin. Instit. Lib. V. cap. 5.*

potuit. Quamuis autem vniuersam rerum communitatem naturae principiis probatam reddi posse numquam confirmem, illud tamen inficias eundum non est, quasdam res in societatem generis humani, vel earum indolem, diuisionem respuentem, vel sanctiones legis, vel pacta atque contractus, contulisse. Prioris generis communiones meum, quod pertractandum sumsi, argumentum non adtingunt. Vltima solum, ex pactis contractibusque deriuata, ad hunc pertinet locum. Neque haec quidem omnis. Solent homines variis modis ad hanc rerum vocari societatem. Alii de industria rerum suarum ineunt consortium, seque societatis contractu inuicem reddunt obligatos. Alii ex improuiso, fortunae consilio, aut alterius facto, eam adeunt communionem, dum vel successione ab intestato; vel vltima alicuius voluntate, aliis quoad hereditatem remue singularem adsociantur.

§. II.

Has res inter, hereditate defuncti relictas, variae, diuersi penitus generis, distinctorumque effectuum reperiuntur. Est enim hereditas *vniuersitas iuris, plures res, separatae indolis, pluraque iura, ex discrimine harum deriuata, continens.* Potissimum vero quaedam rerum hereditatis diuisionem recipiunt, respuunt aliae. Seriem obligationum diuisioni obnoxiarum & indiuiduarum exhibet ANDREAS FACHINAEVS *b).* Sunt tamen & aliae corporales, a diuisione, vel natura sua, vel legum dispositione, exemtae. Quae quum a DD. copiosius iam sint pertra-

tra-

b) Controuers. Iur. Lib. X. cap. 63.

tractata atque disputata, hoc loco repetere operae pretium haud erit. Illud saltem in controuersiam vocabo: *an sepulcra, heredibus aut familiae destinata & adpropriata, ad diuisionem deduci queant, renitentibus aliis, vel heredibus, vel ex defuncti gente oriundis.* Ea de re, quo quaestionis ratio eo melius informetur, meam ab initio statim subiungam sententiam: *sepulcra familiae aeque atque hereditaria dissensu coheredum, aut eorum qui ex familia sunt, diuisioni non posse subiici.*

§. III.

Equidem probe cognitum habeo, leges maximo inclinare opere ad relaxandas societates, continua excitantes diffidia. Quo nomine sancitum reperimus in *L. f. C. commun. diuidundo: neminem compelli, vt inuitus in communione detineatur.* Atque illud vsque adeo confirmatum intelligimus, vt a societate quoque vero contractu inita, discessionem faciendi cuiuis sit potestas, modo non sua animi malitia ad eam prouehatur. *L. 65. D. pro soc.* Multo ergo minus praesumto vel ficto consensu ad societatem vocatos, absque eorum voluntate, in societate retinendos, censent leges. Familiae herciscundae potius ac communi diuidundo iudicio ipsorum vtilitatibus consultum, quibus mediis ad diuisionem, aliis quoque inuitis, maiorennibus vel minoribus, prouocare possunt. Haec tamen omnia, multis quidem legibus stipata, animum a propositae sententiae defensione non auocant. Regula in his quidem ponenda, ab exceptionibus tamen vacationem non habens. In earum numerum referenda quoque sepulcra, heredibus

dibus aut familiae defuncti adplicata, quae non legum dispositio solum, sed ratio quoque, partim legum, partim instauratoris horum sepulcrorum, a diuisionis laxat necessitate.

§. IV.

Ante vero quam ad vtriusque argumenti informationem animum adplico, ordinis efflagitat ratio, discrimen sepulcrorum hereditariorum atque familiae in considerationem vocare. *Sepulcrum* Iure Romano est *locus religiosus, ab eo, qui ius & animum inferendi habet, actuale mortui illatione, a libero hominum commercio exemtus. Hodiernis* vero *moribus*, quum propria atquepriuata dormitoria eligendi potestas nemini sit, illud potius sepulcrum dicendum erit, *quod publica auctoritate ad recondendos mortuos institutum est.* Potior illornm diuisio est in *hereditaria* atque *familiaria*, de cuius vtriusque indole participant *mixta.* Taceo reliquas ad praesens argumentum non pertinentes. Hereditaria ea appellamus, quae vel heredibus constituta sunt, vel iure hereditario adquisita. Solebant veteres in monumentis has praeponere literas. H. M. H. S. id est: *hoc monumentum heredes sequitur*, vt docet IACOB. GVTHERIVS *c)*. Fundamentum huius sepulcri hereditarii, quum in adquisitione hereditatis ponatur, satis exinde adparet, non ad familiam cogitationem esse vocandam. Omnes potius, siue ab intestato, siue de familia sint, siue extra eam positi, illo iure fruuntur. Peculiari tamen priuilegio liberos exornatos intelligimus, in *L. 6. D. de religios. & sumt.*

c) de iure manium lib. III. cap. 9.

ſumt. fun. qui etiamſi heredes vel non conſtituti, vel abſtineant ab hereditate, ſepulcri hereditarii vſum ſibi vindicare poſſunt. Hoc verò, quo ſingularius deprehenditur, eò limitatius interpretandum eſt. Quo nomine ad alios agnatos cognatosque, in deſcendentium numerum non conferendos, adcommodatio iure fieri nequit. Familiaria ſepulcra quod ſpectat, ea in *L. 5. D. de religioſ. & ſumt. funer.* vocantur; *quae quis ſibi familiaeque ſuae conſtituit.* Harum in inſcriptione his vtebantur litteris: H. M. H. N. S. id eſt: *hoc monumentum heredes non ſequitur.* Deſeruiebant maxime haec verba explanandae conſtituentis menti, de vſu horum ſepulcrorum genti ſuae adcommodando. Eſt igitur ius agnationis, quod facultatem vtendi ſepultura tribuit, ex primi adquirentis voluntate. Inde a veritate longe alienata deprehenditur ſententia, emancipatis in familiari ſepulcro locum concedentium *d*). Illos enim ad *familiam* haud referri extra dubitationis aleam poſitum. Et, licet Nouellarum iure *ſuis* exaequati fuerint heredibus, *Nou. 118. c. 45.* illud tamen in ſucceſſionis ab inteſtato argumento diſpoſitum, ad alias cauſſas, in quibus ſolitus agnationis conſideratio habetur, commode trahi vix poterit. Quo circa haud obſtabit magni illius quondam Gloſſatoris ACCVRSII, *ad L. 8. C. de religioſ. & ſumt. ſun.* commentatio. Et vero ſi vel maxime conceſſerim, quum tamen dubio haud vacet, nouiſſimo iure emancipatis in huiusmodi ſepulcro vindicandum locum, incomte tamen illius ſententiae defenſores probatio-

d) IOAN. BALTH. ROTH. *in diſſ. de iure ſepulcror. cap. II. n. 1.*

bationem ex *L. 13. C. eod.* petunt. Illa lex non modo non patrocinii praestat nihil, sed contra quoque egregie facit, dum Imperatores Diocletianus & Maximianus in laudata sanciunt lege: familiare sepulcrum ad familiam pertinere. Iure vero Codicis emancipatos ab agnatorum emolumentis longe separatos fuisse, neminem fugit, nisi ciuilium legum expertem.

§. V.

Neque silentio praetereundus error ille fere communis, quod sepulcrum familiare ad omnes heredes, extraneos licet, pertineat. Hanc probaturi sententiam duas potissimum leges in patrocinium vocant. Altera est *L. 8. C. de religios. & sumt. fun.* cuius haec sunt verba: *ius familiarum sepulcrorum ad adfines seu proximos cognatos, non heredes institutos, minime pertinet.* In fine posita quidem verba colorem superaddunt laudatae sententiae, non confirmant tamen. Illud inficias non ibo, inesse multum ambiguitatis, & nostrum quodammodo agitare argumentum. Sed verba tantum contra nos posita videntur. Adhibita vero commoda conciliandi ratione, & cum hac lege in gratiam redeundi patebit aditus. Sepulcra familiaria familiae fundantis vtilitatibus adplicari & legis iubet sanctio, & primi constituentis mens, quae ex inscribendi litteris, ante commemoratis, dilucide adparet, confirmat. Igitur si verba tantum aucupemur huius legis, nec, vt decet ICtum, sensum eorum ad rationem iuris componeremus, legum in hoc argumento statuenda esset discrepantia, eaque insignis. Sed quum

ICtis

ICtis illud operae datum ſit, vt leges, prima peruestigatione contrarias, ad concordiam vocent, curam eius atque cogitationem ſuſcipiam. Ingens eſt DD. numerus ad huius legis explanationem aduolantium, quos inter meditatio STRYCKII, *e*) vt opinor, primum occupabit locum. Adducam ipſius verba: *Lex illa commode reſtringi poteſt ad caſum primi conſtituentis ſepulcrum familiare; hic enim, licet familiae ſuae tantum proſpicere voluerit, nihil tamen ipſi obſtat, quo minus affines vel cognatos heredes ſcribere & eos ſepulturae participes reddere poſſit. Quod ſecus eſt in aliis deſcendentibus, quibus ius familiae per mortem primi conſtituentis iam confirmatum interuertere non poſſet. Vtrobique tamen ſuppono concedentis intentionem non obſtare.* Nulla adcommodatior iuris principiis poteſt eſſe explanandi ratio, quo nomine carere me ſine periculo eis, quae alii fuſe meditata ſunt, poſſe intelligo.

§. VI.

Altera *L. 13. C. de relig. & ſumt. funer.* priori adhuc minus ad diſſentientium ſtipandam opinionem confert, exſpectationemque eorum vix adtingit. Ita eſt diſpoſitum: *Ius ſepulcri familiaris quam hereditarii ad extraneos etiam heredes, familiaris autem ad familiam, etiam ſi nullus ex ea heres ſit, non etiam ad alium quempiam, qui non eſt heres, pertinere poteſt.* In vltimis eius verbis quaerunt probationis ſubſidium, at valde inueniunt mediocre. Quae enim his in verbis ſtatuta, non ad familiare ſepulcrum

e) *in ſpecim. vſus mod. Pandect. lib. XI. tit. 7. §. 27.*

crum veniunt referenda, sed ad illud, quod ex hereditarii atque familiaris indole mixtum vocatur. In hoc vero heredi cuiuis locum relinquendum esse, quis est, qui dubitabit?

§. VII.

Si ad hodiernum vsum animum aduerteris, antiquatam intelliges sepulcrorum indolem. Romanam enim eorum formam in nubibus saltem videmus. Exstirpati plurimi veterum errores, ex superstitionis fonte dimanantes, informatisque in melius sacris, radicitus euulsi sunt. Dicerem omnes, nisi experientia exemplis edoceat haud paucis, esse adhuc, quae redolent superstitionem, a qua tamen christianorum animi omni sollicitudine essent auocandi. Quidquid sit, multa tamen mutata videmus. Priuata sibi constituere dormitoria, nec fert vsus, nec ferre potest. Neque enim adsentior BOEHMERO f) sentienti, non commodam reddi posse rationem, quare nobili patrono ecclesiae, potestas, sibi suaeque genti priuatum exstruendi dormitorium, deneganda. Plures inter caussas, haec mihi non vltimo videtur ponenda loco, ne, priuatis sepulcris vtendi relicta licentia flagitiosi homicidae sui sceleris testimonia eo facilius abdendi capiant occasionem. Quo nomine ad publicae rei vtilitates communium coemeteriorum constitutionem multum adferre existimauerim. Et vero etiam religio illa, quam veteres sepulcris habebant sanctissimam, christianorum sacris addictos nec occupat, nec occupare debet. Quo enim certius est, vanam religionem illam

f) *Iur. eccles. Protest. Lib. III. tit. 28. §. 16.*

illam ab inani cultu deorum inferiorum, gentilibus proprio, ortum duxisse, eo magis abstinendum nobis esset a vocibus ad coecitatem mentis huius populi tantopere compositis. Pudori tamen sibi nec nostrorum Iureconsultorum quidam habent, sepulcra locis religiosis adnumerare, quae, qualia hodie sint, nondum satis intelligo. Sed hoc non tantopere mirandum. Variis enim fucatis demonstrationibus colorem addere suo errori adlaborant. Errant tamen cum vituperio. Quid? Quod ad res diuini iuris, vt vocant egregie scilicet, conferre sepulcra, audacter sane studeant. Totam diuisionem rerum diuini & humani iuris ita comparatam deprehendo, vt nauci atque flocci habenda sit. Quascumque enim res positas in earum numero vides, hominum dominio subiectas esse omni iure statuo; nec cogitatione percipi potest, quae ratio ICtos nostros occupauerit, vt omnia fere compendia hac futili dedecorent diuisione. Quid ergo? An ad humani iuris res referendas censebis? Nulla certe naturae adcommodatior ferri potest sententia. Ducem sequimur hac in re BOEHMERVM, g) coemeteria rebus vniuersitatis adpropriandа esse, confirmatione vero principis, vti par est, adhibita, ecclesiastica fieri statuentem. Aliud tamen, si vel in ipsis constituantur sacris aedibus sepulcra, vel loca iis proxima ad sepulturas destinentur, obtinet; quo facto sacris rebus interponendas esse, *idem* certe demonstrat *h*).

G 2 §. VIII.

g) *Iur. eccles. Protest. Lib. III. Tit. 28. §. 15.*
h) *all. loc. §. 14.*

§. VIII.

Quae quum ita sint, fortasse nemo in dubium vocabit, loca hodiernis moribus sepulturae dicata, dominio parochialis ecclesiae omni tribui iure. Neque alienandi facultas, Iure Ciuili vana ex religione multoties prohibita, penitus hodie, adscito tamen principis vel consistorii consensu, denegatur. Vtrum vero magistratus, auctoritate superioris, vel ecclesiastici iudicii non aduocata, soli loca ad exstruendas in ecclesiis capellas sepulcraque propria aliis tradere possint, valde ambigo. Miratus eo nomine vehementer sum, quum in concessione tali deprehenderem verba: Krafft dieses erb- und eigenthümlich überlassen, angewiesen und übergeben haben will. Vox eigenthümlich agitabat mentem. Cogitabam de ortu liberae huius potestatis. Sed, vndiquaque circumspiciens fundamenta, ne vestigia quidem posita inueniebam. Meditans igitur de excusatione huius formulae, intellexi, proprietatem huic significationi tributam haud esse; quas coniecturas ex verbis concessionis sequentibus capiebam: daß er solche geruhiglich und unhinderlich zu geniessen, zu besitzen und zu gebrauchen haben solle. Atque eadem significatione dominii quamdam speciem priuatis in sepulcro familiari vel hereditario concedit IOANN. BAPT. CARDINAL. DE LVCA *i)* inquiens: *in sepulcris ratione materialitatis dominium tale* (scilicet vsuale, de quo paullo ante locutus) *competit*. Propius vero ad rem accedenti ita sentiendum est: *hodie, alienandi licet circumscripta libertate, vsum tamen sepeliendi priuatis liberius, publico etiam loco sepulturis destinato,* con-

i) in Theatro veritatis & iustitiae, Tom. I. disc. 52. n. 10.

concedi posse. Ex quo fit, vt non tantum omnibus ex vniuersitate in coemeteriis ad sepulturam pateat aditus, sed & aliis quandoque loco peculiariter addicantur, data simul alios ab eorum vsu excludendi potestate. Quo circa non rara nostro quoque aeuo sunt sepulcra hereditaria aeque atque familiaria, vel in aedibus sacris, atriisque eiusdem, vel coemeteriis, constituta. Dispar tamen eorum ratio non, vt olim, ex inscriptionibus, sed litteris concessionem continentibus, dimetienda erit.

§. IX.

Haec itaque loca, posteaquam legitime primus adquirens comparauit, in bona ipsius, si vsus, non vero dominii, habueris rationem, erunt referenda. Quo diem obeunte ad heredes, aut ex gente eius oriundos, vsus horum sepulcrorum transit. Qui, si plures sint, raro concordant, saepius vero, quam iunxerant cum altero amicitiam, spe lucri captandi, contemnunt, obliuioni tradunt. Egregie hos vellicat CICERO: *carum ipsum*, inquiens, *verbum est amoris, ex quo amicitiae nomen est ductum, quam si ad fructum nostrum referemus, non ad illius commoda, quem diligimus, non erit ista amicitia, sed mercatura quaedam vtilitatum suarum.* Infinitae hinc inter coheredes exoriuntur altercationes, neque sepulcra, forsan in hereditate relicta, inflammatis animis, ab hoc dissidiorum strepitu habent vacationem. Prouocant eo nomine ad diuisionem eorum: quam quum commode fieri haud posse intelligant, sub hasta illud ius exponi petunt, optimo, quod sibi imaginantur, iure. Obuiam ergo horum iniustis iturus desideriis,

 demon-

demonſtrabo, nihil in iure reperiri, quod ad explendam exſpectationem conferat. Tantum potius contra eos facere, quantum ad repellendos a iudicii limine ſufficit. Argumenta a ratione partim iuris, partim a legum ipſarum, repetam. His tamen vtar quadam adhibita cautione, vt transgrediens leges ex ſuperſtitioſa religione exortas, eas tantum, quae peculialiter iuris familiae vel hereditatis ſpectant rationes, ad meam cauſſam adplicem.

§. X.

Illud noſtrorum temporum habiturus rationem, non ambigam, poſſe ſepulcra familiaria ac hereditaria, conſentientibus omnibus, quorum intereſt, vni eorum concedi, poſſe ſub haſta quoque alienari. Sed haec omnia, num, diſſentiente vel vno tantum, hoc modo diuidi queant, illud eſt, de quo omnis exortura diſputatio. Negantis partes ſuſcepturus, in medium produco *L. 30. D. famil. herciſcundae: Herennius Modeſtinus reſpondit, nihil proponi, cur familiae herciſcundae iudicio addictus arbiter officium ſuum etiam in eius fundi, de quo agitur, diuiſione, interponere non poſſit, ſed religioſa loca in iudicium non deduci, eorumque ius ſingulis heredibus* IN SOLIDVM *competere.* Vltimo loco poſita verba haud leue meae ſententiae adiiciunt pondus. Quod enim in lege dicitur, in familiae herciſcundae iudicium ſepulcra haud ducenda eſſe, non ſolo religionis fundamento comprobatur; ſed addit quoque lex illa rationem, ex hereditariorum familiariumque indole depromtam, eamque verba: IN SOLIDVM, exponunt. Dicitur vero *in ſolidum,* quod in

par-

partes reales non eſt diuiſum, ſed a pluribus pro indiuiſo poſſidetur; ſeu quod eodem redit; quando ſingulis heredibus, vel ex primi inſtaurantis ſanguine originem ducentibus, in omni ſepulcri parte locum ſuae ſepulturae eligere permittitur. Quamuis enim duo ſimul eamdem rem, & eodem modo, in ſolidum nec poſſidere, nec domini eius eſſe queant, *cap. 9. X. de probat. L. 3. §. 5. D. de adquir. vel amitt. poſſeſſ.* illud tamen ad eas, quarum vtendi facultas pluribus relicta, adcommodari nequit. Vſum vero diuidi ac pro parte exerceri haud poſſe, luculenter adparet ex *L. 19. D. de vſu & habitat.*

§. XI.

Igitur omnis de rerum hereditariarum communione duplex eſt quaeſtio. Vnum genus eſt, quod pertinet ad res communes proprietatis ratione; alterum, quod poſitum eſt in rebus, quarum vſus tantummodo familiae aut heredibus vindicatur. Superioris generis conſortium, diuiſione, etiam inuito altero, efflagitata, dirimi poſſe, nihil habet dubii. Quarum autem rerum vſus modo ad ipſos pertinet, eae, quum IN SOLIDVM cuiuis attribuantur, diuiſione in partes ſcindi, neque aequum, neque iuſtum haberi poterit, ſi, quorum res agitur, conſenſum non praebeant. Conf. ANTONIVS THESAVRVS *k)*, GARSIAS *l)*, IOANNES VOETIVS *m)*. Neque abludet a propoſito, argumentum hoc alio illuſtrari exemplo. Fac, pluribus ius ve-

k) Quaeſt. forenſ. lib. I. qu. 11.
l) de expenſ. & meliorat. cap. 8. n. 4. 5.
m) in tract. de famil. herciſc. cap. 7. n. 16.

nandi in solidum esse a principe largitum, quod vocatur ius conuenandi, die Koppel-Jagd, si vnus, pertaesus huius oblectamenti, prouocatis reliquis ad diuisionem, necessitatem eis imponere sibi sumeret, vt alter eorum totam adquirat venationem, sibique pro rata pretium soluat, num huius desiderio tuam adcommodares voluntatem? Risum teneatis amici, si hoc res sortita fuerit consilium. Non desunt alia huius rei exempla. Quod si enim plures ad vnius musaei vsum in communionem vocatos considerare placuerit, aequale erit decernendi iudicium. Quae vero quaeso discriminis ratio in meo, quod proposui, controuersiae argumento deprehenditur. Fateor ingenii mei in hoc peruestigando discrimine imbecillitatem.

§. XII.

Sed alia adhuc dos est laudatae paullo ante legis. Retulit apprime satis BOEHMERVS sepulcra ad res vniuersitatis, cuius vestigia in §. VII. secutus sum. Eae autem duplicis constituuntur generis. Aliae in patrimonio vniuersitatis existentes, aliae in specie tales. Illae non singulis, sed omnibus solum mediate vtilitatem praestant. In his autem singuli habent, sane, quod in commoda sua reponant. Sed si vel maxime abstraham defensionem ab hoc BOEHMERI principio, multis, forsan adhuc ambiguo, res tamen ipsa illibata relinquitur. Inesse enim in sepulcris familiaribus & hereditariis communitatem plurium, absque temeritatis vitio dubitari nequit. Has vero societates, si consideramus omnes, in duo diuidere genera, naturae efflagitat ratio.

Igitur

Igitur distinguendum maxime inter res communes multis, vt singulis, & inter communes multis, vt vniuersis. Ad prioris generis communitatem referendam esse eam, quae in sepulcris agnatos vel heredes plures iungit, latius iam per explanata §. praeced. patet. Quum enim cuivis eorum IN SOLIDVM ius sit comparatum, in singulos quoque collocanda erit vtilitas. Inde nouis principiis meam stipandi sententiam exoritur argumentum.

§. XIII.

Trita sane, neque iis, qui vel a limine salutarunt iura nostra, ignota est regula: *quod omnes tangit, ab omnibus quoque consensu adprobandum. cap. 29. de reg. iur. in 6to. L. 11. D. de seruit. praed. rustic. L. vlt. C. de auctor. praest.* Inde fit, vt nec in his rebus maioris partis consensus reliquis praeiudicium adferre possit. n) Euidenti argumento est casus: si ius pascendi vniuersitati competat commune, tunc enim maior pars communitatis de pascuis statuere, atque reliquis consentiendi necessitatem imponere nullo poterit iure, vnanimi potius omnium quorum vtilitas agitur, voluntate exquirenda. Atque his expositis, caussae nostrae nihil obest *L. 19. D. ad municipal. L. 160. D. de reg. iur.* in quibus haec continetur regula: *quod maior pars fecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint.* Spectant non nisi ad

n) CARPZ. *P. 1. Dec. 82. n. 52.* MEVIVS *P. III. dec. 102. n. 2. & P. IV. dec. 201. n. 4.* Ill. LEYSERVS *Meditat. ad Pandect. specim. IV. th. 5. vbi eleganti casu rei huius veritatem responso Ordinis ICtorum Vitebergensis confirmat.*

ad eum casum, quo singulorum vertitur vtilitas. *o*) Iisdem innititur nostra disputatio principiis. Pluribus ex familia, aut heredibus, vt singulis, adplicandum vsum sepulcri, dubio vacat, ac fusius supra explanatum. Principiis consequentiae quoque consentiant necesse est. Quo nomine etsi plura heredum |aut agnatorum pars|conspiret ad diuisionem, inane erit desiderium in eo negotio, de quo singulos nihil reliqui facere oportet, vt constet de eorundem vnanimo consensu. Vid. BRVNNEMANNVM. *p*), Quo ergo iure prouocabunt? Quo consilio pretium dissentientibus pro vsu accipiendi imponent necessitatem, vel, quod magis adhuc, sub hasta exponi haec sepulcra desiderabunt? Nihil praesidii ipsis relictum esse, facile intelliges, nisi, temeritatem & iuris & consilii praebere rationem, inique dixeris. Quum itaque, ne maioris quidem partis suffragio ius, aliis comparatum, intercipi queat, multo adhuc minus vni ex illis ad diuisionem prouocandi erit licentia. Facit huc egregie *L. 6. D. de religios.* in verbis: *sed in vtroque heredibus quidem ceterisque successoribus, qualescumque fuerint, licet sepelire & mortuum inferre, etiamsi ex minima parte heredes ex testamento, vel ab intestato, sint;* LICET NON CONSENTIANT ALII. Neque abs re erit argumentum *ex L. 3. §. 9. D. de sepulcr. violat.* deductum, in qua, si ad plures sepulcrum pertineat, non ei, qui occupauit, sed omnibus, actionem de sepulcro violato, dandam censet Labeo, addita ratione: *quia in id, quod vnius cuiusque*

o) LEYSERVS *all. loc.*
p) *ad L. 5. D. de religiosis & sumt. fun. n. 3.*

que interest, agitur. Dissentiant igitur alii agnatorum pro arbitrio; nihil impedimus. Sed inani eorum voluntati exitus ex voto haud respondebit. Si vero mens, vulgi opinione imbuta, ex constituto iam sepulcro vitae suae, quam exoptant longaeuam, periculum imminere, non deliberato, meditentur, haud deerit ipsis aegrum intellectum atque labentem sanandi medicina. Dimittant ius ipsis in his sepulcris adquisitum, nec reliquis stomachum mouebunt.

§. XIV.

Possem vlterius L. quoque 4. *C. de religios. & sumt. fun.* in meas vocare partes. Verba enim admodum deprehenduntur hac de re perspicua: *ius eius ad omnes heredes pertinere, nec diuisione ad vnum redigi posse.* Vix tamen sibi temperare possunt a religionis superstitiosae nota, potissimum si generalem illam locutionem: *nec posse ad vnum redigi*, simpliciori verborum sensu accipiamus; quod nec tum valeat, si eorum, quorum interest, consensus accedat. Cuius nulla ratio rei adaequata reddi posset, nisi ex vana superstitione deducta sit. Atque ea certe significatione legem hanc meam non facio, qui supra iam abstrahendum ab ea censui animum. Mea quidem sententia huic legi commoda quadam expositione est consulendum, ne, quum *L. 14. C. de legat.* vsum sepulturae in alium transferre permissum sit, ante posita lex videatur contrariam continere voluntatem: quod ne fiat, duobus modis conciliatio suscipi poterit. Primo, verba: *non posse ad vnum redigi*, explanari possunt de vera, siue, vt vocant, mecha-

mechanica diuiſione ſepulcri, qua vnicuiuis agnatorum & heredum peculiaris in eo addicitur pro ipſo heredibusque locus. Atque huius generis quidem diuiſionem improbandam quilibet mecum conſentiet, qui in trutina ponet, eo tempore nulli eorum cognitum eſſe poſſe, quanta in poſterum, poſt centum forte annos, cuiusuis agnatorum vel heredum, tempore diuiſionis viuentium, exſtitura ſit familia. Qua itaque ratione in hoc ſepulcro loci ſpatium deſtinari poterit, quum determinari nequeat hominum numerus? Deinceps, ſi laudata verba ad caſum adcommodemus, quum quidam, in ſepulcro ius habentes, reliquis inuitis, vni cedere totum vſum intendunt, quod non adeo incongrue ex verbo *redigi* colligitur, eo quoque modo legis ſubleuari obſcuritas poterit. Cui proinde haec mea interpretandi ratio non diſplicuerit, praeſidium ſententiae meae ex hac quoque lege non denegabit. Sin minus, adiecta in ſuperioribus iam demonſtratione contentus erit.

§. XV.

Accedit huic ex legum fundamentis petitae defenſioni diſſertationis argumenti & ratio menti primi inſtaurantis ſepulcra conſentiens. Olim ex inſcriptione illius colligebatur voluntas, hodie ex litteris factae conceſſionis perſpicua redditur. Quas ſi conſiderabis, latiſſime patet, eum familiae ſuae heredumque conſulere voluiſſe vtilitatibus. Et quo leges inclinant magis ad explenda eorum animi deſideria, eo minus concedendum erat agnatis heredibusque, vt diuiſionem, eius voluntati tantopere

con-

contrarium, aliis inuitis, suscipiant, eorumque a maioribus comparatum ius, non leuis momenti habendam, venentur. *Magnum*, inquit CICERO, *est eadem habere monumenta maiorum, eisdem vti sacris, sepulcra habere communia.* Atque idem ex sacris litteris docet CARPZOVIVS *q)*. ita, vt poena prophetae, qui contra praeceptum Dei comederat in Bethel, indicta fuerit: non inferetur cadauer tuum in sepulcrum patrum tuorum. 1 Reg. 13. Sed cauendum mihi est a contrarietate quadam, quam facile quis animo sibi inducere posset, quum meditetur, eam instaurantis voluntatis omnem penitus sepulcri diuisionem ac alienationem, singulis licet consentientibus, exstirpare; quam tamen omni iure licitam esse, in superioribus adferui. Quo circa paucis exponam, qui alienandi modus menti eius repugnet. Si ad mechanicam quamdam agnati atque heredes tenderent diuisionem, qua vnicuiuis, quorum refert, certus in his sepulcris adsignetur locus, alienum maxime ab eius mente inirent negotium, quod ab infirmitate nullo defenderetur iuris subsidio. Aucta enim post diuisionem vnius familia, saepissime euenturum esset, vt spatio, in distributione addicto, ad recondendos omnes non sufficiente, quidam ex gente fundantis, hoc ipsis destinato emolumento carerent. Aeque contra propositum ipsius venire sentio, quum vnus pluresque ex agnatorum heredumque numero ceteros ad ius suum dimittendum quacumque ratione adigendi haberent potestatem. Alia longe res est, quum omnium, quorum agitur vtilitas, consensus ad alienationem conspirat. Fauorem enim

q) Lib. II. iurispr. consistor. def. 393. n. 10. seqq.

enim in prima adquisitione respexit, partim agnatorum in sepulcro familiari, heredum partim in hereditario. Tum itaque hoc beneficium omnino dicendum, ea vero renitentibus obtrudi nequeant, suumque ius remittendi cuique liberum sit arbitrium, quod latissime patet, nihil erit, quod ipsorum desiderio obstat.

§. XVI.

Obiicies forsan, hac a me tradita ratione non absolui constitutionis sepulcrorum caussas. Memoriae potius suae conseruationem occupare aliquam constitutionis partem existimans. Quid inde? Exitum habere ipsius intentata voluntas haud poterit. Ponamus enim plures heredes, atque ex familia multos eum reliquisse, nullus eorum ad vsum huius sepulcri adspirat, remittunt ius suum. Quae quaeso tunc relicta erit fundanti memoriae conseruatio? Exigua certe aut fere nulla. Atque vt verum fatear, hic memoriam suam aeternitati commendandi modus vanitati coniunctior, quam veritati, esse videtur. Error errores parere solet, hinc fit, vt qui in memoriae concilianda perpetuitate originem horum sepulcrorum peruestigant, existiment, extincta familia non ad ecclesiam sepulcra familiaria redire, sed vacua ab omni reliquorum vsu esse relinquenda. A quorum sententia merito recedendum. Caussae vero decisio in duas diuidi debet partes. *Hereditaria* enim quod spectat sepulcra, tunc demum, si neque in testamento constitutus heres, neque ab intestato legitimus superfit, ad ecclesiam redeunt. *Familiaria* vero, familiae iam adquisita, quum neque vltima volun-

voluntate extraneo heredi adpropriari possint, exeunte gente primi constituentis, statim ecclesiae vindicari possunt, vt accipio ex TONDVTO *r)* & STRVVIO *s)* Quae quamuis iure ad ecclesiam pertineant, non inutile tamen est, ad fugiendas controuersiarum syrtes, si in ipsis constitutionis litteris, huius iuris mentio iniiciatur. Solet eo nomine hodie plerumque clausula adiici: daß, wenn von der Familie niemand mehr vorhanden, selbige der Kirche zu fernerer Verlösung wieder anheim fallen sollen.

§. XVII.

His positis caussae nostrae monumentis, ad repellendos dissentientium impetus facilis erit aditus. Primo quidem labentem & prope cadentem sententiam suam fultam cupiunt *L. f. C. commun. diuidundo*, in qua dispositum; *quod in communione nemo inuitus compellatur detineri.* Quam leue vero inde deductum sit praesidium, confirmant ante a me deducta. Omnes enim res in hereditate defuncti repertas in diuisionem duci posse, error est in aprico. Sed & rationem legis ad sepulcra haud pertinere ostendit STRYCKIVS *t)*. *Interim inuitus*, inquiens, *ad diuisionem sepulcri compelli non poterit; ratio enim, quod cnmmunio sit mater discordiarum L. f. C. commun. diuid. sine dubio hic cessat, quum ordinem sepulturae hic Deus mediante morte faciat, &, si forte reliqui conquerantur, ab vno coheredum, qui in familia sua mortalitatis fata experitur saepius, omnem sepulturae locum*

r) Quaestion. canon. & ciuil. lib. I. cap. 73.
s) Specim. vs. mod. Pand. lib. XI. tit. 7. §. 38.
t) all. loc. §. 35.

cum occupari, non facto coheredis, sed fato hoc adscribere debent. Prolixior ergo in huius obiectionis refutatione non ero, quum, nisi nimis mihi adsentior probatio iam proposita confutet errorem. Altera aeque inclinans ratio ab alienatione horum sepulcrorum, hodie laxius concessa, deriuatur. Concludunt ab alienatione totius ad partem, & ab hac ad diuisionem trahunt argumentum. Trahunt certe, & obtorto maxime collo dum diuisionem necessariam exinde deducunt. Est enim incongrua ab alienatione adplicatio, quoties diuersa diuisionis deprehenditur ratio, vti in nostro casu copiosius iam dictum. At quid, si concesserim, ab alienatione ad diuisionem argumentum procedere, num certa erit victoria? Ambigua valde, immo vana eius exspectatio. Nam & illud, agnito hoc principio, absque dubitatione erit, modum in alienatione obseruandum in diuisione quoque retinendum esse. Modus vero alienationis ille omni iure statutus est, vt eorum exploretur consensus, quorum praeiudicium subuersatur. Igitur si de toto in alium collocando sepulcro cogitent, numne agnatorum aut heredum vnanimi adsensione erit opus? Negatu turpe est. Quo ergo consilio in diuisione eorum adprobationem negligendam duceremus. Nouum praeterea, quod cogitatione vir capio, deprehendi refugium in Responso, quod refert BOEHMERVS *u)*. Adiiciam illud, dubitandi omissis rationibus, quas debiles maxime deprehendi: Weil aber dennoch die Erbbegräbnisse und deren iura nicht sowol nach denen Römischen principiis, als vielmehr den heutigen moribus beurtheilet werden müssen, nach welchen offen-

u) In Supplement. ad Ius paroch. ad sect. IV. Cap. 2. §. 15. p. 222.

offenbar ist, daß auch solche Erb-Begräbnisse in patrimonio heredum sind, indem die rationes iuris romani, quod sepulcra rebus diuini iuris accenseri debeant, bey uns notorie cessiren, und dahero wohl veräusert werden mögen, mithin auch ad hereditatem nothwendig mit referiret und in diuisionem gebracht werden müssen, und gleichwie in re communi, einem jedem sein Theil pro indiuiso zu veräusern frey stehet, auch überdem niemand wider seinen Willen in communione zu bleiben gezwungen werden mag, von selbsten folget, daß auch einer von denen coheredibus ad diuisionem zu provociren wohl befugt sey.

Potissimas huius *Responsi* rationes in eo positas deprehendes, quod sepulcra hereditaria primo sint in patrimonio heredum, & deinceps, quod hodie ad res diuini iuris haud referantur. Ex vtroque hoc argumento infirmas capio consequentias. In patrimonio enim heredum esse sepulcra, tuto adseri nequit, quae firmiori iure vniuersitati aut ecclesiae addicuntur, in quo ipse BOEHMERVS mihi dux atque auctor est. Alterum vero suo concludendi destituitur medio. Quod si enim vel maxime humani habeantur iuris, tamen earum & saepius circumscripta est transferendi licentia, &, concessa licet ad arbitrium, in detrimentum eorum, quibus ius in solidum tributum, abuti ea non permissum.

§. XVIII.

Accedo vltimo loco ad controuersiam variis ICtorum dissensibus vexatam atque agitatam: an, concursu creditorum orto, eius, cui in sepulcro hereditario vel familiari ius sepeliendi est, creditores ad subhastationem illius prouocare possit? Argumenti mei tractationem animo perpendens facillime iudicabit, creditoribus, quod sibi arrogarunt quandoque publice vendendi ius, a me haud iri concessum. Quantum enim potestatis ipsi heredi aut agnato debeatur, in superioribus exposui. Creditoribus vero, quum, concursu excitato, in debitoris locum sufficiantur, non plus iuris dandum erit, quam

 debi-

debitori tributum. Inde adparet illegitime omnino iudicem iniustis eorum petitis de instituenda subhastatione adnuere x). At meo profecto iudicio ne illius quidem vsus, qui ad debitorem pertinebat, participes reddendi creditores. Haud enim exiguum discrimen intercedit bona debitoris. Fruitur aliis, aliis vti tantum concessum. Quumque restricta sepulcrorum vtilitas agnatis aut heredibus illimitatum extraneos ab eorum commodo repellendi vindicet potestatem, vti in superioribus probatum dedi, verendum ipsis erit, ne exspectationem decipiat caussae exitus infelicissimus.

§. XI.

Ne vero fori vsum a mea sententia alienum quis existimauerit, coronidis loco *Responsum Illustris Ordinis Iure Consultorum Lipsiensis* adiiciam. In caussa S. contra L. & consortes, *leuteratione* interposita a prima, actori fauente, sententia Dicasterium Lipsiense eam Mens. Octobr. 1733. reformauit sequentem in modum:

Nunmehro aus denen Acten so viel zu befinden, daß wider derer Beklagten Willen der streitige Schwibbogen einem unter denen Interessenten, so das meiste davor zu geben erbötig, gegen Bezahlung des, einem iedem derer übrigen zukommenden Antheils, nicht zuzuschreiben, sondern es hat Klägers Suchen nicht statt.

Rationes decidendi.

Dieweil ein Schwibbogen denen, welche solchen zusammen besitzen, nicht dergestalt eigenthümlich zustehet, daß sie solchen pro lubitu alieniren könnten, folglich auch die prouocatio ad diuisionem diesfalls nicht statt findet, noch weniger ein Mit-Erbe sich seines Rechts an einem von seinen Eltern oder Groß-Eltern erlangten Begräbniß zu begeben, und Geld davor anzunehmen, wider seinen Willen angehalten werden mag, sondern coheredes in dergleichen Fall sich damit begnügen müssen, wenn einem so wohl als dem andern, sich des Schwibbogens vor die Seinigen zu gebrauchen nachgelassen bleibet; so ist rc.
Eamque sententiam supremus Appellationum Senatus die 13. Nouembr. 1734. comprobauit.

x) Vid. MARTAE *Digesta nouissima Tom. VI. tit. de sepultura, cap. IX.*

IV.

IV.

DISSERTATIO

DE

INDOLE CAVSSARVM MINIMARVM.

Tristia inter fata, quae lites longo iam
mpore pertulerunt, diuturnitas maxime temporis
sceptantes vexat mirifice, defatigat tandem. Ex-
10 fit, vt longinquitate processuum haud raro acto-
m aeque atque reum, & adflictos, & infirmos, &
ıeruatos conspiciamus. Nepotes hi infelices in
ıtrimonio suo, si tandem fortuna eam ipsis felici-
tem dedit, vt finem processus viuendo adtingant,
ntentia exsecutioni mandata, laborem, tanto tem-
ore continuatum, sumtusque amplissimos in cassum
:dire, intelligunt. Quo nomine, minus delibe-
ıto consilio, omnem in iudicem coniicientes cul-
am, infausto processus exitu animis incensis, cum
ICERONE conqueruntur: *nos veri iuris germa-
ıeque iustitiae solidam & expressam effigiem nullam
'nemus; vmbra & imaginibus vtimur.* Inest que-
:lae huic multum temeritatis. Neque enim in iu-
icem omnis transferenda est culpa; quum in aliis
ıagis, ad processum aduocatis, resideat. Nostra
:rte iustitia tantopere faucia ac vulnerata haud est.
'enet iudicem iuramentum iustitiae praestitum, ne-
ue caussarum hostis, sed defensor praesumitur. Et
ero etiam caussarum patroni iureiurando se conse-
rauerunt iustitiae aeque ac fidelitati. Obuiam au-
:m eundum erat rei publicae adeo perniciosae li-
ium procrastinationi, ne immortalitati tradantur,
c vitae hominum modum excedant processus. Im-
ninens hoc litibus periculum excitauit curam legis-
ıtoris Romani, vt in *L. 13. C. de iudiciis* certo tem-
ıoris spatio caussarum agitationem finiret. Statum
o nomine *in alleg. L.* caussis ciuilibus est triennium,

 a

a litis conteſtationis tempore computandum. Criminales quaeſtiones biennio terminauit *L. 3. C. vt intra cert. temp. crimin. quaeſt. terminentur.* Publicarum quoque & ad fiſcum ſpectantium actionum fines regit *L. fin. C. de iure fiſci.* Illud vero omne, ſapienti licet conſilio diſpoſitum, noſtris temporibus adcommodari haud poſſe, latius patet. Quo enim maiores litium ſunt disſimilitudines varietatesque fere infinitae: eo certius conſtat, meditationem de regendis proceſſuum finibus ingenii humani vires longius ſuperare. Sed alius quidam aditus videbatur ad inuentionem breuioris formae in iudicio cauſſas peragendi. Proceſſus nempe *ſummarius*, ex Iure Canonico maxime ortum habens, ita exiſtimabatur compoſitus, vt breuitati conſuleret. Sed ſpes inuentores fefellit. Infiniti disſenſus DD. tum quoad cauſſas ipſas ſummarias; tum procedendi modum, malitiaque ingrauescens, flagella illa proceſſuum, non modo ſummis implicuere difficultatibus, ſed omnia quoque breuitatis veſtigia funditus exſtirpauerunt. Quos enim longinquiores proceſſus vmquam vidit orbis, ſummariis? Nihil certe tam praepoſtere, tam incondite, tam monſtruoſe poteſt excogitari, quod non poſſimus de hoc procedendi modo exſpectare. Atque hoc quidem monſtrum extra Saxoniam adhuc alunt litigantes in iudicio. Saxoniam vero noſtram a prodigio illo liberauit ſumma legiſlatoris prouidentia, abrogato diſcrimine inter proceſſum ſummarium & ordinarium, ORD. REC. *Append.* §. 1. Adiecta diſpoſitionis ratio, a me ſupra expoſita, egregie confirmat, verbis: Dargegen bey dem bißherigen ſummario ſehr große Unge-

ewißheit und mancherley *Dissensiones* derer Di-
isteriorum sich ereignet, wodurch selbiger oft län-
er, als der ordinarius verschleisset worden. Sed
uum ordinarius quoque processus, omnibus obser-
atis, & substantiam, & sollemnitatem concernen-
bus partibus, multum temporis absumeret, sum-
asque desideraret haud exiguos, vt eo verendum
sset nomine, ne quandoque in minimis caussis to-
am litis aestimationem vel consumerent, vel supe-
arent: hinc *in* ORDIN. RECOGNITA *Tit. I.*
f. 6. litium exigui pretii ventilatio arctioribus limi-
bus circumsepta est. Quantum hic processus distet
b indole summarii ordinariique, longissime patet.
gitur hoc mihi operae sumsi; vt singularia huius,
enues controuersias in iudicio agendi, modi, quan-
um cogitatione meditationeque adsequi potero, per-
restigem. In quo pertractando argumento duo
onstituam capita: Alterum principem caussarum
ninimarum indolem offerret: alterum processum
arum informabit.

§. I.

Non noua est, nostrisque temporibus coepta
neditatio de coarctando caussarum minimarum pro-
essu, sed continuata tantum, & in melius produ-
ta. *Romanae* iam dudum *leges* relaxarunt eas a qui-
ousdam sollemnitatibus processus, procrastinationi
ampliori busque sumtibus deseruientibus; *Nou. 17.*
c. 3. Nou. 23. c. 3. Nou. 24. c. 5. Nou. 69. c. 1.
us Canonicum pariter in appellando his litibus mo-
lum statuit, *c. 28. caus. 11. qu. 6.* Quia etiam *Im-*
perii Sanctionibus varie hac de re dispositum legitur.

Ord. Cam. Imp. P. II. tit. 31. §. Ob dann auch wohl &c. *Recess. Imp. de an. 1654. §. 112.* Ex quo intelligimus, inesse his LL. aliquid ad breuitatem processus compositum, omnibus tamen numeris absolutum dici vix potest. Remanent enim tantae adhuc varietates harum litium, vt leue videatur, in qua a laxioribus processuum sumtibus remissio sit facta. Quid, quod ipsa quantitas, ad quam componenda caussarum minimarum ratio, tantis illaqueata sit ambiguitatibus, vt fere non intelligatur, quid sit illud, quod earum nomine veniat. Equidem haud ignoro, in caussarum mediocritate dimetienda leges Romanas arbitrio iudicis multum potestatis relinquere. Permittunt ipsi, vt ex qualitate personarum in foro litigantium iudicium ferat. Sed ita periculosa saepe res ageretur; si ius ad nutum & arbitratum iudicis fingere & adcommodare opus esset. Si enim veritate sua constat dictum *L. 30. ff. de oper. libert.* quod arbitrium ad aequitatem conferri debeat; sane lubricum caussis adferreretur consilium. Non vna omnium animis obuersatur aequitatis ratio. Eae enim, quae ab ingenio dimanant, cogitationes, variis subiectae esse solent dissimilitudinibus. Atque tot tantisque commutationibus vexata iustitia, omne ius nostrum in dubium incertumque reuocaretur. Qua nulla pernicies maior hominum vitae potest adferri.

§. II.

Quanta igitur incommoda haec arbitrandi liberior facultas adlatura sit, facile cognoscimus, eoque facilius, quo certius constat, infinitos DD. dissensus iudi-

dicia magno perturbare impetu, caussasque in an-piti iactitare. Sed praesto est huius vitii in arbi-ando temperatio in legibus Saxonicis. *In Resolu-onibus grauaminum de a. 1612. §. 21.* in caussa dubia dex rem ad Principem referre iubetur, verbis:)a aber ihnen einiger Zweifel vorfiele, mögen sie ısführlichen Bericht einschicken, und wie sie die 'artheyen entscheiden sollen, sich Bescheids erhohlen. lenius acta est res in ORDINATIONE RECOGNITA *it. I. §§. 6.* In qua & quales caussis minimis ad-umerandae, & quo modo pertractandae sint, de-nitur.

§. III.

Non multis, sed pondus habentibus disposi-onem hanc adornatam deprehendimus verbis. In ua explananda multum vtilitatis adfert, cognitas abere legis rationes. Ipsa verba conspicuam red-unt mentem legem ferentis: So wollen wir doch uch nicht, daß in allen, absonderlich in klaren oder ;eringen, manchmahl nur ein weniges betra-;enden Sachen, ordentlicher Proceß ohne Unter-cheid verstattet werde rc. rc. & paullo post: Zu Berhütung grösserer, und oft ein weit höhers, als 'as obiectum litis, betragender Unkosten. Itaque luo maxime sunt argumenta, quibus singularis haec)rdinatio innititur. Quorum alterum ad breuita-em processui caussarum minimarum conciliandam pectat: alterum sumtus respicit. Haec vero omnia ıon rei tantum, sed actoris quoque vtilitatibus con-ulunt. Immo publicae etiam rei commodum ob-ıersari omni iure statuo. Perspecto consilio, certis-

 sime

ſime conſtabit, *ne partium quidem conſenſione, auctoritateque iudicis ordinarium procedendi modum cauſſis minimis adcommodari poſſe.* Sed illud maxime in quaeſtionem incidit, an verba huius diſpoſitionis extendere, an reſtringere oporteat. Multi quidem, in odio cauſſas tenues habentes, verbis inſiſtendum eſſe exiſtimabunt, omne latius explanandi conſilium exſtirpantes. Neque eorum defenſio fundamentis deſtituta videtur. Notiſſimae enim ſunt leges, quae in ſingularibus ſanctionibus ſtrictiorem interpretationem commendant. Haec tamen tota, ad taedium illud commune fere reuocata demonſtratio, totumque hoc fundamentum vacillat, vel iacet potius. Si in interpretando ſimilitudines conferamus; largior, ad leges Iuri Communi derogantes nihil pertinere: ſed ſi latius explanandi argumentum ab eadem vel maiori deriuetur ratione; extenſio iniuſte denegabitur. Eo itaque nomine cauſſarum minimarum cogitationes ſuſcepturus, hoc mihi conſilii ſumam, vt, abſtinens animum ab omni, quae proprie dici poſſet, interpretatione, iuſſui Summi Principis aduerſa, deprehenſa eadem vel maiori ratione, latius meditationes in contractionem huius procedendi generis conferam.

§. IV.

Quae & quantae ſint minimae cauſſae, intelligimus ex ORDINATIONE RECOGNITA, allegato loco, verbis: Alſo wollen wir ſolches ratione vergleichen und überhaupt, in allen nicht über 50. fl. excluſiue derer Intereſſen, betragenden Sachen ꝛc. ꝛc. Omnes ſcilicet lites, ſummam quinquaginta florenorum

rum

rum Misnensium non superantes, finito ibi processu peraguntur. Tota vero res eo redit, vt qualitatem obiecti litis in considerationem vocemus. In hoc si certum constitui poterit pretium; facile constabit, quid ad nostrum scopum pertineat. Quum autem pretium sit quantitas ficta, iuxta quam ratio rerum erga se inuicem determinari potest: consequitur, ipsam rem, de qua caussa agitur, requiri certam atque definitam. Certum hoc, quod iure nostro vocamus, PAVLLVS *in L. 6. ff. de reb. credit.* exponit: „*certum est*, inquiens, *cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur.* Atque eo modo res maxime corporales propositum adtingunt. Nec harum quidem omnium consideratio nostra est, sed saltem, quae circa quantitates aut species occupata. Genus enim, si in obligatione versetur, quum illud non respiciat certi definitio, parum commode huc trahitur. Eademque ratione de rebus incorporalibus cogitatio nulla suscipienda erit, nisi eas, quoad in exceptione sunt, perpendamus.

§. V.

Ac primo quidem de *quantitate*, in litem veniente, nobis agendum. Quae si in libello expressa sit: dubio quidem res vacare videtur. Multae tamen adhuc in foro se offerunt difficultates, quibus haec indubitata visa caussa vexatur. Ante omnia id iudicibus officii datum intelligimus, vt sortem ab vsuris & interesse sollicite distinguant. Illud enim expresse disponitur verbis: exclusiue derer Interessen.

ſen. Quocirca ſi forte actor, aſtutia duce, mentionem vſurarum in libello haud iniecerit, ſed ſub tota, quam ſibi debitam petit, ſumma, occultauerit: iudex in amicabili ſtatim compoſitione officii ſui ineat rationem, interrogatione a partibus expiſcando, annon vſurae ſummae petitae ſubſint. Quo facto, deprehenſa rei veritate, reo quidem non excipiente contra ordinarium proceſſum (forſan quod contumaciae ſuae procliuiorem moram, non aeque breuitatem iudicet), iudex optimo iure huius ORDINATIONIS diſpoſitionem adcommodabit. Debebit certe. Fit tamen ab hoc officio ſaepe iniuſta quaedam remiſſio. Sed quo haec eſt iniquior, eo aequius duco, vt iudex, hac inſigni negligentia prolixioribus ſumtibus aditum patefaciens, vel in expenſas retardati proceſſus condemnetur, vel arbitraria poena adficiatur. Neque quidquam puto obſtare; ſi reus forſan ſuper tota quantitate litem fuerit conteſtatus. Quamuis enim, litis conteſtatione facta, quaſi contractum videri poſſit, vt quantitas libello inſerta in disceptatione ſit: *ille tamen ſubtilis Iuris Romani effectus*, quum in pleriſque caſibus vſu fori haud obſeruetur, *nec in hac parte euacuabit legis noſtrae ſanctionem*. Ita componendam cenſeo cauſſam; ſi *intereſſe minus principaliter* ſaltem in iudicium deducitur. Alia omnis ineunda ratio; ſi *intereſſe* praeſtandum *principaliter* actioni inſit. Tunc enim incogitationem venit intereſſe, ita tamen, vt & tali in caſu proceſſui *ex alleg. ʃ. 6.* quandoque locus relinquatur. Idque eo conſultius litigantibus duco, quo maioribus intereſſe probatio ſyrtibus illaqueata deprehenditur. Igitur ſi vel quantitas intereſſe, quod

quod exigitur, in libello expressa, summam quinquaginta florenorum non transgrediatur; vel excedat quidem, immoderate tamen terminauisse actorem iudex intelligat: liberum omnino ei erit, vt temperamento & moderatione in actoris petitione adiecta, vna sententia, delato vel actori vel reo iureiurando, litem conficiat.

§. VI.

Plures adhuc in contentione sunt quaestiones. Exemplum hoc esto: actor vno in libello plures vel reos coniungit, vel plura debita contra eumdem reum cumulat. Omnibus reis, vel debitis vna consideratis, summa, de qua agitur, est quinquaginta florenis maior; singulorum vero reorum aut debitorum habita ratione, quantitatem hanc non superat. Anceps est quaestio, an haec caussa minimis exaequari queat? Distinctione adhibita, lis facili, vt opinor, negotio componetur. Cumulatio enim ab actore facta vel *subiectiua* vel *obiectiua*, vt loquuntur practici nostri, est. Vtramque vt probato legibus modo actor adhibuerit, praestructum velim. Pellantur enim ineptiae istae libellorum. *Subiectiuam* eam intelligo, *quando vel plures actores vel rei, litis consortes, vna actione agunt aut conueniuntur.* Atque haec nullo iure deprehenditur vitiosa. Fac ergo, quem contra tres coheredes ex defuncti debito centum florenorum agere. Summa tota amplior quinquaginta florenis; parte vero vniuscuiusque coheredum ponderata, minor est. Iniquus sane & expers legum intelligeretur iudex, qui hanc litem minimi momenti fecerit. Vna tantum est lis, in plures

res heredes diffusa, qui quum ob litis consortium vnam saltem praesentent personam; indubitatum redditur, ad ordinarium processum hanc caussam pertinere.

§. VII.

Longe diuersa est meditatio de cumulatione *obiectiua.* Eaque dicitur, *quando vnus actor contra eumdem reum ex distinctis qualitate aut tempore debitis agit.* Vt vero suis absoluatur numeris, nouissimi iuris ratio efflagitat, vt idem processus genus sit, quo caussae aguntur. Atque hoc modo informata cumulatio, iure subsistit. Pone, Caium contra Titium ob mutuam pecuniam diuersis temporibus contractam experiri. Et hic Titius quidem a Caio primum triginta, deinde quadraginta, denique quadraginta florenos mutuo accepit. Quum status his debitis solutionis dies effluxerit, moras nectente debitore: agit contra eum creditor, tribus his debitis in vnum libellum collatis. Vel quod eodem redit exemplum. Debet Caius Titio ex diuersis caussis: ex mutuo viginti; ex locato triginta; ex vendito quadraginta florenos. Separata ista debita actor eodem immiscet libello. Quid consilii capiendum, quaeritur? Optimum mihi videtur; si caussae decisionem saepius *laudato ʃʃ.* ORD. RECOGN. conformemus. Variae me rationes in hanc deducunt sententiam. Ac primo quidem *cumulatio haec vnum minime efficit debitum:* quum ea, quae heterogenea a philosophis dicuntur, in vnam non possint redigi summam. Ex quo secundo colligitur, *tres diuersas hic actiones & lites subesse*, in vno tan-

ıtum libello congeftas. Quam ob rem nihil ob-ıbit vocabulum, Sachen, quod in ORD. REC. prehenditur: quod meae potius adplicatur fenten-ıe. Eft enim non vna cauffa, fed plures, eodem ›ello comprehenfae. Accedit & illud, quod totum)c proceffus genus fauori etiam rei adcommoda-:rit voluntas legem ferentis. Hic vero mirifice :riclitaretur; fi cumulationi fraudulofae actoris ıtum indulgere velimus, vt hoc rei commodum)n lege firmiter tributum, fed actoris arbitrio re-ltum videretur.

§. VIII.

Dum haec meditor: alius adhuc fubit mentem fus, & ancipitem paene tenet. Libellum tradit ctor, in eoque ex diuerfis reum conuenit debitis, :nditione contractis. Alterum continet quadra-nta florenos, quod ex emto equo debet: alterum :ntum florenorum, de venditione horti refiduum. quidem non diffiteor, fundamenta haud exigua in)rum aduocari poffe partem, qui cauffam hanc or-inariis adnumerant. Facit eo maxime trita Iuris :gula: *maius abforbet minus.* Qua adiuncta cafui oftro, non male coniectura caperetur, totum ad rdinarium proceffum pertinere. Quantacumque ıtem fint huius rei argumenta: ego tamen animo ondum perfuadere potui, vt effectum tam infignem ımulationi tribuam; maxime quum rei commo-um iactitaretur. Solent haud raro coniunctiones tae ad malitiam componi: cui fi frena relaxaremus, ıira quaedam excogitarentur genera, reum fuis pri-ındi emolumentis. *Princeps* hic cura boni erit iudi-

iudicis, vt omni animi contentione metuendo periculo obuiam eat, suumque consilium maxime ad rei vtilitates adferat. Actoris enim commodum in hac decernendi occasione considerationem non merebitur: qui si ex coniunctione quid damni patiatur, omnem in semet ipsum conferat culpam. Quo vero modo rei caussam ab impetu defender? Aequitatem iudicis, eiusque arbitrium iustitiae adcommodatum in auxilium voco. Erit tamen, nisi fallor, ea temperatio ipsi adhibenda, vt intelligens forsan separationem diuersorum debitorum, quod processum spectat, reo maiori commodo futuram, in prima sententia collecta debita secernat, in iis, quae quinquaginta florenorum summam non excedunt, definitiue statim decernendo: in reliquis vero probationem & reprobationem iniungendo. Sed quandoque consultius habebit, omnes lites ordinario dirigere processu: quod tunc maxime continget; si reus exceptionem altioris indaginis, v. g. compensationis, omnibus actionibus vna opposuerit.

§. IX.

Neque hoc est praetereundum, posse quandoque caussam, quae ab initio magna erat, post litis contestationem minimam effici. Fac enim, actorem reum de debito centum florenorum conuenire: reus in iudicium vocatus, vt actioni respondeat, dimidiam summam confitetur; alteram partem negat. Sane dubitatione vacat, minimi momenti iam litem agi. Hac enim facta confessione, quinquaginta tantum floreni in controuersiam vocantur. Summa tamen hac in re iudici adhibenda est cautio, ne vulnera, iusti-

ıſtitiae ſaepiſſime illata, minus deliberata decione refricet. Confeſſio haec rei, dimidiae paris ſummae petitae, vt tantum producere queas efectum, plura requirit. Et primo quidem confeſſio t in iudicio ſuſcipiatur, maxime eſt neceſſarium. Deinceps reus adfirmando litem conteſtetur, nullis ppoſitis exceptionibus. Poſterioris generis enim itis conteſtatio, quam DD. vocant *adſirmatiuam qualificatam*, ordinarii proceſſus faciem nihil mutabit. Poſtremo & illud animaduertat iudex, ne verſuti forſan rei habeant, de quo glorientur. Eo enim malitia haud raro procedunt, vt intelligentes, actoris cauſſam adeo iuſte informatam eſſe, quo pluribus teſtibus probationem ſuam ſuis abſolutam numeris reddere queat, malitioſis machinationibus aditum ad eam occludere commoliantur. Neque mediocris ineſt verſutia huic confitendi conſilio. Actor ſaepius neque teſtes, neque documenta in promtu habet; ſollenni autem probationi locus non relinquitur: adeoque id ſua calliditate efficere conantur, vt iudicem aſtuta confeſſione in ſuas abducant partes, atque ad purgatorium ſententia iniungendum inuitent. Optimi igitur ſacerdotes iuſtitiae omni ingenii acumine prouideant, ne ipſis, princeps virtus, ſapientia maleuolorum hominum aſtutia irriſa videatur.

§. X.

Nouam capio meditationem ex ORDINAT. REC. *ad Tit. V. §. 8.* Actori ibi relictum inuenitur, vt in libello certam quantitatem demonſtrare queat, adiecta clauſula: mehr oder weniger. Magnam certe vim huic clauſulae alias tribuo, ita,

vt actori consilii loco suadendam existimem. Hic vero illud tantum in disquisitione versatur: vtrum, actore summam quinquaginta florenorum exprimente, adiectis his, de quibus dixi, verbis, caussa ordinarium desideret processum? Tantum vero pondus huic cautioni non inesse, firmiter statuo: quum in indole caussarum minimarum cognoscenda expressam solum quantitatem, minime vero in mente retentam in deliberationem vocemus. Erit ergo caussa minima, nihil impediente hac clausula, alias salutari. Vti ergo in illo casu parum vtilitatis adfert: ita versa quoque vice, si maiorem quinquaginta florenorum summam definiuerit actor, adhibita hac formula, ab ordinario processu lis nullo potest auocari modo.

§. XI.

Antea vero, quam missam facio considerationem litis, qua finita quantitas petitur, videndum est, *an modicum, quod excedit summam, sanctione legis ordinatam, variet processus naturam?* Tritum quidem est sermone prouerbium, atque *L. 4. ff. de restit. in integr.* confirmatum: *modica non curat Praetor.* Eius vero, an ad eam dispositionem fieri possit adcommodatio, ambigo. Tutiori sane via iudex incedit, qui, modici etiam habita ratione, probationi ac reprobationi locum facit. Leuem tamen censuram iudicem mereri, opinor; si aequitate ductus, leuissimum excessum non obseruans, vna statim sententia, mediante iuramento, caussam decernit. Tantoque minori vitio habebimus; quum non fugiat animum, in quibusdam Dicasteriis, si infra sexaginta florenos caussa agatur, *ß. 6tum* ORD. REC.

REC. adplicari. Rigor certe iuris aliud desiderat consilium: aequitas vero ei haud inconsulte temperat.

§. XII.

Sequitur, vt de illo genere caussarum minimarum dicendum sit, in quo *species controuersa* cernitur. Haec dissertationis pars adhuc magis in contentione est. Non exiguus eorum constat numerus, qui caussas, in quibus corpus ab actore petitur, plane alienas a *§. 6to.* ORDINATIONIS RECOGNITAE habent. A quorum tamen sententia modeste discessionem faciam. Ipsa dispositionis verba me dissentientem confirmant. Quorsum, quaeso, pertinet, quod dicitur: in allen nicht über 50 fl. betragenden Sachen. Res ipsa loquitur. Non alia certe vis est horum verborum, quam vt luculenter demonstrent, in omnibus caussis, quarum obiectum litis summam statam non antegreditur, praescripto modo informari processum deberi. Ad solas enim actiones, quantitatem, non corpus persequentes referre hanc locutionem, a mente legem condentis longe alienatum intelligo. In quo me omnis ratio legis, supra fusius exposita, constantem reddit. Si enim experientiam temporis ante nouam processus ordinationem in memoriam reuocare placuerit: facile innotescet, pessime rem litigantium actam fuisse. Leuissimae saepe res in lite versabantur, neque tamen sumtibus moderatio definiebatur, quos haud raro duplo maiores impendere debebant partes, quasi ingentis pretii caussa ventilaretur. Quo iniustius nihil esse potest. Igitur qui lapsam huius temporis contendendi consuetudinem,

 ani-

animo ad aequitatem composito, penetrabit, non modo nihil durius a me dictum iudicabit, sed omnem etiam mentis cogitationem, commodo in iudicio disceptantium adplicatam, animaeque legis conformatam largietur,

§. XIII.

Sed videndum quoque, quid illis, qui contra sentiunt, positum sit in argumento. Obiiciunt 1) pretium earum rerum non vtique esse determinatum, sed ex vicissitudinibus temporum, hominumque, qui ad emendas eas veniunt, inaequalitate vel decrementum, vel incrementum capere. Addunt 2) ex actis minime certiorem reddi iudicem, quanti controuersa res aestimetur: minimum 3) iudicis & ICti officium haud adtingere, vt statuant certum rei pretium. Atque 4) illud maxime vrgent, ipsam ORDINATIONEM RECOGNITAM §. 6. intentae resistere opinioni: quum luculentis verbis iura, seruitutes, aliaque his similia ab hoc singulari processus genere exemerit. Iuribus vero dominia adcensenda esse, dubio vacare. Et his compositis fundamentis contendunt, *lites de corporibus institutas* ad specialem hanc dispositionem nihil pertinere.

§. XIV.

Multum momenti continent dissentiendi argumenta. Et fateor quidem, ea ab initio animum in quamdam dubitationem adduxisse, eamdemque non tenuem: a qua me vlterior penetratio liberatum reddidit. Dabo igitur operam, vt cum ipsis in gratiam redeam. Quod itaque *primum* adtinet obiectionis argumentum, ab incerta finitione pretii desu-

desumtum; illud quidem non ambigo, valores rerum magna in varietate versari; ex eo tamen nihil fundamenti contrariae accedit opinioni. Neque enim aliam, quam quae communis cernitur aestimationem, indoles huius processus respicit. Reliqua consideratio vel adcrescentis, vel decrescentis pretii, vti incerta plane est, atque ab accidenti ortum habet, ita trutinam controuersiarum ponere nequit. Et si etiam vel maxime adfectioni in aestimando quid indulgeam: illa tamen iudicis arbitrio moderatur, efficitque, vt iuramento desuper imposito contentio finiatur. Atque sic parum vel plane non distabit a nostro processu. Eadem ratione *secundo* lubens concedo, ex actis non vbique adparere rei litigiosae pretium; nihil tamen consequitur. A particulari enim ad vniuersale, ex regula philosophorum adaequata, conclusio non procedit. Hoc ipso ergo rei argumento nondum colligere mihi datur, in actis constare de aestimatione non posse. Ex quo fit, vt si casum fingamus, vbi acta eius veritatem demonstrant; commoda caussae ad hanc formam adcommodatio suscipiatur. Luculentior haec demonstratio euadet; si in sequentibus explanauero modos, sententiam ferentem de pretio certiorem reddendi.

§. XV.

Neque *tertia* obiectio me a proposito auocat. In leuissimis enim caussis si iudex in definiendo pretio aliquid potestatis sibi sumat; non modo iniquitatis suspicionem non contrahet, sed litigantium quoque vtilitatibus egregie consulet: quum totam litem vna sententia absumat. Volunt quidem a me alieni,

 vt

vt potius taxatio rei ad prudentum virorum arbitrium referatur: hoc tamen confilio, nifi mens me fallit, partes magis fatigantur, quam adiuuantur. Experientia fatis ad taedium vsque edocemur, inter peritiffimos faepe in taxatione ambigi. Quae disfenfiones quum amplioribus fumtibus vberrimam praebeant occafionem: expenfis ad lucrum, quod ex arbitrio exfpectant collatis, inanem exitum cauffa habebit. Hanc aequitatem agnouit fummus prouocationum Senatus fequenti cafu: egerat quis contra equarium medicum, cuius vel negligentia, vel imperitia equus ipfius perierat, ad aeftimationem equi, quem viginti quatuor thalerorum habebat. Prima in hac cauffa fententia pronunciabatur, pretii definitionem peritorum iudicio relinquens: a quo quum prouocatum effet; corrigebatur decretum, pretio ad duodecim thaleros determinato. Demus praeterea, ICtos decernendis rerum valoribus praepofitos haud effe: falua tamen noftra adhuc cauffa ftabit. Neque enim hoc in quaeftione ponimus, illud potius obferuantes, iudicem aut Dicafterium, fi aut in libello actor rem aeftimauerit, aut aliunde conftet, litem non vltra quinquaginta florenos agi, optimo iure ad formam, in faepius *laudato* §. praeftitutam dirigere proceffum.

§. XVI.

Denique ad illud dubium quod *quarto loco* retuli, animum adpello. Optimam offert fpeciem. Ambiguitatis multum ineffe videtur. Ea tamen, adhibita concinna verborum ad mentem legislatoris adcommodatione, facilius relaxari poteft. Expreffis ver-

verbis iura in *hoc ff*. excepta sunt: fateor. Sed cauendum erit, ne laxiorem, animo legem condentis verbis statuamus significationem. Si enim omnia iura ad exceptionem referre velimus: exceptio certe latius patebit regula, eamque penitus enumeratam reddet. Quid est enim, quod actionibus in iudicium deducitur, iure? Patet hoc ex ipsa actionis definitione, qua dicitur remedium persequendi in iudicio, quod mihi debetur. Omne vero, quod mihi debetur, iuris nomine venire, ignorant pauci. Igitur quum etiam quantitatem petens, ius suum vindicet: nulla lis reliqua erit, quae exceptione non contineatur. Quod ergo regulae reseruabis exemplum? Nullum. Atque sic regula intellectu vacabit. Ex eisdem quoque argumentis minime concedam, dominia vocabulo iuris subesse. Quum enim ea, quae in dominio sunt, certam recipiant aestimationem, eo vero potissimum respiciat *lex nostra*, rerum quoque in dominio exsistentium cogitatio in hoc argumento non immerito suscipitur. Neque, quam a seruitutibus exceptis ducunt connexionem, omnibus absoluta est numeris. Hoc vero concludere mihi videntur modo: quod in minori non licet, nec in maiori est permissum: iam vero in litibus de seruitutibus ortis vim suam perdit *ff us* ORDINAT. RECOGN. ergo nec ad dominium pertinebit, quod est maius seruitute. In aliis quidem rerum exemplis haec consequendi ratio constabit: in praesenti caussa admodum vacillat. A diuersis enim ad diuersa vti non valet consequentia: ita nec hoc casu. Quod si enim animum ad discrimen dominii & seruitutis adplicamus: ingens deprehendemus. Hoc

 saltem

saltem adtingam, quod rei est, & ad controuersiam spectat. Dominia scilicet circa corpus certum competunt, adeoque pretium eorum determinationem non respuit. Seruitutum vero aestimatio, quum ius saltem seu rem incorporalem contineat, plane in incerto versatur. Quibus collatis, efficitur, nullam horum diuersorum iurium exaequationem commode institui posse.

§. XVII.

Remotis igitur, quae impedire poterant sententiae defensionem, superest, vt de iis pauca dicam, quae ad iudicem *de rei valore* informandum spectant. Variis hic opus est cautionibus. Omnium primo *actori* hoc consilium do, *vt* suis consulturus vtilitatibus, *in libello aestimationem rei*, quam petit, *ostendat*. Hoc enim negligens, culpa non vacabit. Sique ex procrastinatione litis detrimentum aliquod ferat: sentire non videbitur. Actore vero, ex imprudentia forte, hoc non obseruante, iudex nobile suum, vt effertur officium, omni meliori modo exerceat. Et si iustitiae se consecratum docere velit; non omittet. Optimum vero aditum ipsi parat primus terminus, amicabili compositioni destinatus. In ea hoc maxime aget, vt *a partibus ipsis aestimationem rei*, litigium excitantis exquirat: peruestigataque, colligat, an caussa breuiori via decidenda veniat. Quandoque tantum, *quanti actoris interest*, iudici indagandum erit: si v. g. actor hypothecaria vel pignoratitia contraria actione experiatur. Sufficiet hoc casu creditum, cuius nomine res obligata, considerare. Tanti etiam actoris interesse

cerni-

cernitur. Porro ipſa etiam *rei qualitate quandoque eius quantitas* ſimul oſtenditur. Quocirca ſi v. g. de oue, agno, vacca, boue, vel his ſimilibus lis agitetur: certus eſſe poteſt iudex, de cauſſa minima litigari. In *immobilium* autem *pretio* diiudicando non leue auxilium iudici praeſtat; ſi pretii, quod in vltimo emtionis contractu conſtitutum, habet rationem. Obſeruantia locorum quoque ſaepe praeſto erit dubitanti. Fundo enim in disceptatione verſante, cognita ſeminis, quod ſpargitur ibi, quantitate, conſuetudo locorum meditationem de ſtatuenda aeſtimatione ſubleuabit. De reliquis capiendis coniecturis iudex cogitet, quas ex circumſtantibus rationibus certiores adſequetur: in eoque ſuum exerceat ingenium. Inueſtigata itaque hoc vel alio, quem occaſio iudici offerret, modo, rei controuerſae aeſtimatione, quinquaginta florenis minore, minime in iniuſtitiae notam incidet, ſi cauſſam, ductu *ſ. noſtri*, vna definit ſententia.

§. XVIII.

Hos tamen ſuo arbitrio cancellos ponat iudex, *vt*, ſi forte actor fundum vindicet, qui praedio rei adhaeret, eique ex ſeparatione maximum enaſcatur incommodum, *eum non pro vero, quod meretur pretio, ſed quod incrementi inſtar ex praedii qualitate aduenit, aeſtimet:* illo in caſu probationi ac reprobationi locum dari, conſultius duco. Quod ſi enim reus de horto, quem quadrangulum effecit, modicam ſaltem terrae partem reddere cogeretur: ingenti hoc ipſi futurum eſſet detrimento. Multo altiorem cauſſae deliberationem deſiderat; ſi pars

aedificii in hoc fundo consistat. Abhorrent enim leges ab aedium destructione ac deformitate: eoque maioris momenti lis iudicanda est. Quum vero damnorum fructuumque praestationes saepe quoque vna cum rerum vindicationibus efflagitent actores: dubium exoritur, an eorum quantitas aestimationi rei, quae principaliter petitur, adiungenda sit? Illud tamen iisdem ex fundamentis, quibus supra in debitis, quantitatis interesse negligendum censui, nego. Damna accessorii vice funguntur, incertaque sunt. Vti igitur interesse faciem processus non mutare, supra confirmaui: ita damnorum fructuumque considerationi vis maior tribui nequit. Quin etiamsi damna, quae sint data, demonstrentur in libello; his tamen moderatio a iudice adhiberi solet, iniuncto iuramento: daß es wenigstens so viel betrage.

§. XIX.

His positis rerum argumentis, ad exceptiones animum admoueo, in ORDINATIONE RECOGNITA ipsa §. *sexto* traditas. Tota exceptionum ratio a contrario petita est argumento. Supra fusius demonstratum reddidi, ad nostram procedendi indolem illas tantum referri lites, quae de certae aestimationis re suscipiuntur. Igitur e contrario in exceptione ponendae sunt actiones, res incorporales seu iura pro obiecto habentes. Verba ORDINATIONIS RECOGNITAE perspicue hac de re disponunt: Wohin jedoch diejenigen, so iura, seruitutes, annuas praestationes und onera realia betreffen, nicht mit zu ziehen. Seruitutes, annuas prae-

praeſtationes, onera realia exempli loco poſitas habes: quo exinde intellectu facilius ſit, quid cauſſam dederit, vt iura a proceſſus illius tramite eximantur. Nimirum quod incerta & ambigua ſit aeſtimatio. Eius rei ratio partim generalis, partim ſpecialis eſt. Generalis illa reddi poteſt, quod iura certo corpore deſtituta, aeſtimatione vacent. Alia vero ſpecialis ad annuas praeſtationes & onera realia ſpectat. In annuis quidem praeſtationibus plerumque res corporales verſantur, quae ab obligato exhibendae ſunt: eoque nomine videretur forſan, certam aeſtimationem huic actioni adplicari poſſe Sed ipſum ius exigendi ideo eam exſtirpat, quia temporis ſpatium, quoad ſoluendae ſint, definitum haud adparet. Hoc enim *annuum* demum iure appellitatur, *quod temporis limitibus non circumdatur.* Quum autem incertum ſit, quam longa noſtrum cuiusque vita futura ſit: ipſum quoque ius annuarum praeſtationum, in perſonam fixarum, finitam determinationem non habebit. Igitur ſi forſitan praeſtationes finem habeant certum determinatumque tempus, illudque, quod debeatur, intelligatur, atque ad certam aeſtimationem redigi poſſit: toto hoc, quod computato tempore, praeſtationum loco debetur, in ſummam collato, quandoque praeſtationes etiam illa conſideratione *ad ſſ. noſtrum* erunt referendae. Eadem definiendi difficultas ſe offert in oneribus realibus. Sunt autem illa, pro quibus res immobiles tantum principaliter ſunt obligatae, ſic, vt perſona non debeat: aſt, quia eſt dominus rei, ex qua debeatur, & debere deſinat, ex quo vel praedium alienauit, vel praedium chas-

mate,

mate, vi fluminis alioque modo periit: eo modo quo possessorem sequuntur, & deberi desinunt onera realia. Quum ergo de rei interitu minime constet: extinctione iurium realium, nihil incertius esse potest. Praeter ea quoque caussarum discrimen sollicite segregari, controuersiae ratio efflagitat. Distinguamus oportet *inter annuas praestationes oneraque realia quorum dies venit*, & *ipsum exigendi ius*. *Illorum* consideratio reuocari potest ad normam ORDINATION. RECOGNITAE *allegato loco;* si quantitas quinquaginta florenos nihil superet. *Hoc* vero ad exceptiones conferendum est. Sunt & alia iura, pretii constitutionem haud ferentia: vt ius protimiseos; retrouenditionis & similia. Sed quum ex traditis regulis decisio iam prono defluat alueo: hic pedem figo.

FINIS.

V.

V.

DISSERTATIO

DE

PROCESSV CAVSSARVM MINIMARVM.

§. I.

QVOTIDIANAE circumferuntur litigantium querelae. Stomachum mouent alta antiquitate abscondita acta. Quarum litium sepultam seculi spatio crediderunt memoriam, redintegratam saepissime nouo seculo lugent aegri dimicantes. Lugubris lamentatio, fletusque moerens! Sit ergo domestica cuiuis caussae patrono, consulto iuris pariter cura his calamitatibus mederi. Qua in re duplex animum agitabit meditatio. Altera arduis caussis adferet auxilium, altera minimis consilium adcommodabit. Grauis certe est haec cogitatio; de grauibus caussis. Neque spernenda tamen de minimis consultatio. Inque eam tanto maiorem quisque conferet operam, quo est aequius quorumdam, quos hostes caussarum apprime appellitaueris, rapacitatem compescere. Operae itaque pretium me facturum spero, quassatis litigantibus certo, si, excussa in priori dissertatione caussarum minimarum indole, nunc de *procedendi quoque modo* quaedam, pro meo breuitati composito studio dicam.

§. II.

Princeps, rei initium facturo, se mihi offert deliberatio, ad quod *genus processuum* eum, qui caussis minimis adplicandus, conferam. Erunt, qui ortum a *summario* repetendum putabunt. Quibus nuncium mittere conscia mens iubet. Equidem tantopere animum ab hoc portentoso processu auocandum duco, vt exstirpare vestigia satius habeam. Sane, nisi consilium inuentionis, ad breuitatem pertinens,

tinens, a pestifero euentu alienum intelligerem, vix mihi temperare possem cum aliis iustitiae amicis statuere: summarium dici; quod summa malitiae in hoc processu quotidie expleta ornatur: vel quod summas annorum peragendo destinatas videamus: vel tandem, quod summae sumtuum impendendorum incredibili rapacitate coaceruentur. Liceret barbaro processui barbaram nimis caussam vindicare. Omnis enim quae ab infelicibus his inuentoribus, laudabili quidem consilio breuitati deseruiendi ductis, hac in parte effecta est formae & ordinis processus relaxatio, malitiae in dies ingrauescenti, protractationique litis fomenta dedit. Latius haec res patet. Exemplis non indiget quotidie obuersantibus.

§. III.

Quo itaque est detestabilius hoc procedendi genus, eo spectatior est nostra caussas minimas agendi ratio. Noua plane forma cernitur data in ORD. RECOGN. *ad Tit. I. §. 6.* Qua in lege positas intelligent iudices officii partes, quas negligunt haud pauci, auaritia duce, arbitriique cognoscent limites, quos, coecos imitantes, non vident, vel non scrutari satius ducunt. Sed hi erunt nomen mentientes iudices. Nauseam suscipiunt odore caussarum minimarum. Eorum tamen autoritate nonnihil commouemur, scientes malitiam quandoque supplere scientiam. Ego vero horum voluntatibus morem non geram. Non desunt optimi iudices, quibus religio quotidianae curae est. Atque his ipsis

vene-

venerandis iustitiae sacerdotibus hanc meam operam dicatam cupio atque consecratam.

§. IV.

Versabor in hoc perscrutando argumento ita, vt, expositis propriis huic processui capitibus, pateat eius ab ordinario discrimen. Compositisque hoc de negotio meditationibus, caussas minimas et a difficultatibus & a machinationibus versutorum ingeniorum, quoad fieri potest, vindicabo.

§. V.

Ac primo quidem fundamenta ponam, quibus rei pertractationem omni ex parte cupio confirmatam. Cauendum enim, ne vel plus iusto restringendo, vel laxius extendendo limites huius modi procedendi transgrediamur. 1. In caussis minimis breuitati est consulendum, ne longinquitate sumtus processus quantitatem litis superent; 2. hinc modus procedendi caussarum minimarum ad eas tantum pertinet caussas quae definitam habent aestimationem. 3. Introductum est hoc genus processus in fauorem actoris, rei, et rei publicae; 4. adeoque lites minimi momenti ne partium quidem consensu, neque iudice adnuente, ordinario processu agitandae sunt. 5. Fauorabilia extendenda sunt. 6. Processus caussarum minimarum singularem offert dispositionem. 7. Quo circa extensiua interpretatio a maiori vel eadem ratione deducta tantum valet. 8) Quae a simili argumento repetitur ad hunc processum non spectat. 9. Quae in fauorem sunt introducta in odium detorqueri non debent. 10. Igitur ita est breuitati prospiciendum, ne iura partium detrimentum capiant. 11. Neque essen-

tiam concernentes partes processus sunt negligendae. Quo pertinent *libellus*, *litis contestatio*, *caussae cognitio*, *sententiae publicatio*.

§. VI.

His iactis fundamentis eo facilior erit ad explanandum processum aditus. Ab *actione* omnis litis oritur initium. In ciuilibus enim caussis nemine efflagitante quiescit iudicis officium. Quod si itaque modum proponendi in iudicio actionem in considerationem vocaueris, aliqua a solemnibus ordinarii processus remissio patebit. In scriptis exaratum libellum arduae caussae poscunt, leuis ponderis lites solam implorationem iudicis, registratura desuper confecta ab actuario admittunt. Quam in rem in ORD. RECOGN. *Tit. V.* §. *I.* ita disponitur: Gleichwie bey allen und ieden Sachen nicht eben allezeit ein ordentlich Libell erfordert wird, sondern pro qualitate negotii, fürnehmlich in geringen Sachen eine jedwede auch mündliche Imploration, wenn sie zu denen Acten registriret, genung seyn kan. Cuius sanctionis fons deriuandus partim ex Iure Ciuili, *Auth. nisi breues C. de sentent. ex periculo recitand. Nou.* 17. *c.* 3. & *Nou.* 83. *pr.* partim ex Iure Canonico *Clem.* 2. *de verb. signif.* & *c.* 1. *X. de oblat. libell.* Quum vero communes habeant fines & libellus & nuda imploratio: *vt futura lis demonstretur, atque aduersarius deliberationem adhibere queat; an contendere velit, &, si contendendum putet, veniat instructus cognita actione qua conuenitur*, *L.* 1. *pr. ff. de edendo.* circumspiciat actor, ne implorationis aut obscuritate aut ineptiis repulsam patiatur. Poterit tamen & iudex hac in parte ipsi consi-

consilium adferre, atque, intellecta quam intendit actione, interrogationibus ad caussam spectantibus adhibitis, actorem, apicum iuris quandoque expertem, de modo actionem proponendi informare. Sit autem & princeps omnia ante iudici meditatio de *foro*, quod actor eligit, *competente*. Existimabunt quidem haud pauci alienam hanc esse a iudicis officio cogitationem. Sed ego religioni ipsorum propriam duco. Neglecto enim hoc officio breuitati impedimentum infertur. Aditus patet ad disceptationem. Sumtus iniusti satis & futiles impenduntur. Neque a suspicione grassandi in minimorum litigantium opes vacuus erit iudex. Scrutetur ergo forum, repellatque e vestigio incongruo foro litem tentantem.

§. VII.

Antea vero quam ad exarandas citationes manus adferat, quaedam in consilio erunt. *Legitimationes vrgeat.* Ac de personarum quidem, pro aliis comparentium; legitimatione res dubiis vacat, vndiquaque legibus hac in parte & iudicis & aduocatorum, procuratorumque officium excitantibus, a quo multo minus in caussis minimis remissio est facienda. Sed de *legitimatione ad caussam* res dubitatione vacare non videtur. Speciem prae se ferunt qui ante efflagitandam censent, dum hoc modo aditus ad disceptationem de hac legitimatione occluditur. Sed quantum mihi intellexisse videor, litem eius intermissio non differt. Sportulas potius augendi consilium esset. Ponas enim heredem, testamento institutum, contra debitorem defuncti ex minima caussa agere. Hic si statim ab initio copiam,

K 2 pro-

prolixi forsan testamenti, addere teneretur, non tantum hos copiarum sumtus ferret, sed, reo deinde communicatis copiis, nouos sumtus soluere necesse haberet. Quibus parcere expensis poterit, si deinde, etiam in ipsa executione petita, legitimationem in vidimata adferat copia. Neque etiam sententiae definitiuae ferendae legitimario ab initio neglecta obstaculo est, quum nihilominus sub conditione, si actor se legitimauerit, definite pronunciari possit.

§. VIII.

Magis autem disceptationem incidit, *num cautio pro expensis praestanda sit ab actore.* Equidem non diffiteor adfirmantibus maximum praebere auxilium generalem dispositionem ORDIN. RECOGN. *Tit. XIII.* in omnibus processibus cautionis pro expensis praestationem iniungentem. Quumque ab hac regula non relaxatas leuissimas caussas intelligamus, cautio non omittenda videtur. Cui & hoc accedit, quod in executiuo pariter ac summario processu cautio sit necessaria. WERNHER. *obs. for. P. VII. obs. 233.* RIVIN. *ad ord. proc. Sax. Tit. XIII. enunc. 1. 2.* His tamen non obstantibus aequabilius habeo ab adfirmantium sententia discedere. Ipsa finita cautionis quantitas in ORD. RECOGN. *Tit. XIII.* defensioni adest. Veteri quidem ordinatione arbitrium iudicis temperabat summae cautionis, caussae actorisque qualitate ponderata. Eam vero arbitrandi potestatem refrenauit *Recognita Ordinatio.* Quam ob rem iudici nihil amplius noua hac lege relictum censeo, quam vt *summam*, caussae argumentis ductus, quandoque *maiorem quinquaginta*

flore-

florenis cautioni definire queat. Minorum vero *triginta florenis* decernere iudicis voluntati non datur. Quae quum ita sint, certe non intelligo qua astutia sumtus minimae litis ad tantam summam produci possint. Artificio enim sportulandi omni rapacitate incumbentibus neque inueniendo patrocinium praestare cupio. Futurum itaque esset eo nomine, vt creditores, tenui, iustissima tamen ex caussa debitores adgressuri, lubentiori animo ius suum deferant, ne, dum debitum exigere cupiunt, maioribus debitis & difficultatibus cautionis se ipsos implicatos reddant. Quo modo contra posita in §. V. principia peccari in aprico est, idque eo magis, quum in caussis minimis perraro actor in refundendas expensas condemnetur.

§. IX.

Ordo nunc iudicem ducet ad *citationes* emittendas. In qua, si terminum exceperis, nihil erit in hoc processu commutandum. Terminus scilicet peremtorius, in ordinario processu consuetus, coarctatur. Et tota quidem spatii definitio iudicis arbitrio relinquitur, qui, caussae habita ratione, quatuordecim, octo & pauciores dies comparitioni dare potest. Facit eo ORDIN. RECOGN. *Tit. IV. §. 1.:* Wie denn auch in Policey-Handwerks und sonderlich in geringen, oder auch in solchen Sachen, welche keinen Verschub leiden, dem Richter eine kürzere Frist von vierzehn, acht oder auch noch wenigern Tagen anzusetzen nachzulassen. Sed non opinemini iudices, quaeso, solo voluntatis impetu regi hoc arbitrium. Conscium mentem ducem poscit, aequitate flammantem. Opera itaque danda ne aliquid

 contra

contra superius tradita principia fiat. Cogitet iudex, primum hunc terminum, praecipue in minimis caussis, omne ferre punctum. Paranda omnia reo esse quibus se aduersus impetus actoris defendat. Actorem omnia hoc inter spatium colligere debere, quibus conuincat turpiter negantem. Ex quo intelligitur, non esse caussam quae deliberatione indigeat magis minima. Tantoque aequabilius iudico non facile coarctare terminum, ne, breuitati plus iusto indulgentes, detrimentum capiant partes, dum auxilium praestare decet, atque litigantibus angustia termini aditus ad capiendum consilium praescindatur. Id quod tanto maiori animi contentione erit pendendum, quo certius est domestica difficultate iactitatos reos magno in numero habere, quod opulentis minimum censetur. Interim breuiori termino concesso, reoque sub praeiudicio citato, non comparentem, vel officio suo non facientem satis, pro confesso & conuicto haberi posse, dubitatione vacat. Neque ambigendum est etiam in his caussis minimis copiam vel propositi libelli, vel registraturae de imploratione confectae reo communicandam esse, ne, deliberandi occasione erepta parti noceatur, & adhibenda praeparatione priuatus, omnibus litium procellis exponatur reus. Multo vero detestabilior mihi videtur modus procedendi, si iudices reum, totius plane caussae ignarum, ex improuiso ad iudicium aduocent; eoque comparente statim responsionem efflagitent. Quo durius iniustiusque esse nequit. Coeci praecipitesque feruntur in periculum. Et, de quo maxime iustitiae indignationem merentur iudices, exceptiones perdunt. Aequo consilio, scili-

scilicet, vberrimo ad quassandum reum. *Citent* itaque *partes*, communicent proposita, nisi iustitiam vulneribus exanimare audeant.

§. X.

His in officio habitis, in primo termino *tentationi concordiae* opera nauanda est. Quam in rem quum omnes fere leges conspirent nullas addam, non nisi barbaro indici ignaras. Quid autem, quod tam raro fructus amicabilis compositionis colligantur? Non e longinquo petendae sunt rationes. Stomachum sane mouent, quae ex actis obuersantur, graciles inconditaeque concordiae commotiones, ex antiquis formularum informatoribus confectae. Et eheu! quandoque iam ante terminum, nondum auscultatis partium oblationibus conficiuntur. Inde est, quod partes, pertaesae sterilitate huius termini, frequenter fugiant inane hoc compositionis tentamen. Nuncium itaque mittat iudex his ineptiis. Perscrutetur ipsam actionem, meditetur de actionis argumentis difficultates peruestiget. Quibus compositis intelliget transactionis commendationem non inanem fuisse. Pellat pariter rixa famosos, partes ad litem instigantes, caussarum hostes. Sed illud tamen inficias eundem haud est, non raro iudices a culpa infelicis euentus amicabilis compositionis vacuos esse. Saepius malitia partium anxius iudicum labor sudorque in cassum redit, vt surdos mutosque crederes spissos malitia litigantes. Et illud quoque voluntati iudicum propensae ad transactionem nonnihil obest, quod in primo termino iis parum vel plane non constare possit quid con-

 fessu-

fessurus sit reus, quid negaturus, quid exceptionum traditurus.

§. XI.

Haec animo peruoluens, magno caussis minimis opere consultum iri intelligo, *si, in primo termino inani labore de componenda lite acto, lite contestata, amicam transactionis tentationem iudex redintegret.* Adduxit me in hanc meditationem, tum rei indoles, tum autoritas RECESSVS IMPERII *de a. 1654.* in quo *§. 110.* ita disponitur: Zweytens soll der Richter erster Instanz die Parthcyen in zweifelhaften Sachen nicht allein vor angefangenen Rechtstand und litis contestation, sondern auch *in qua parte iudicii* durch alle dienliche Mittel und Wege, auch schiedliche Erinnerungen in Güte von einander zu setzen, und hierdurch alle weitläuftige kostspaltige Rechtsfertigung zu vrhüten sich befleißiger, jedoch ehe dann er die Güte denen Partheyen vorschlägt, vorher in den Sachen sich wohl informiren und sein Absehen bey diesen gütlichen Vergleichen dahin iederzeit sorgfältig stellen, damit die eine öffentliche ungerechte Sache führende Parthey zu denenselben nicht gelassen, noch der rechthabende Theil damit beschweret, noch auch die Justiz wieder des andern Theils willen verzogen werde. Multum sane inest huic consilio commendationis. Iudex titubans ante, nunc praeparatus optimis suasionibus ducere potest animos contendentium. Tantaque erit insinuatio, vt & beneuolos & dociles & adtentos faciat litigantes. Saepe enim partes, potissimum si vel heredes agant vel conueniantur, ab initio nec actionis nec defensionis caussam penitus perspi-

perſpiciunt. Peracto vero primo termino, quid in exceptione, quid in replica ponatur, plenius cognoſcentes, facili negotio ad transigendum commouentur. Quamquam autem in legibus Saxonicis ad hanc operam iudex alligatus non eſt, haud tamen vmquam prohibitam intellexi. Quumque vberrimae ſanctiones eum de pietate religioneque in moderando proceſſu adhortentur, nullus dubito iudicem in hoc labore neruos intendere & poſſe & debere. Praeter vero ea, quibus infixam mentem expoſcit transactionis ſusceptio, non poſtrema quoque erit cogitatio iudicis, aſtutiae actoris, vel rei etiam, cauſſam minimam occultantium, obuiam ire. Imprudentiam pariter adiuuare decebit. Vtroque enim ex vitio aliquando eſt, vt, vel pluribus debitis, vel ſorte & vſuris commixtis, ardua cauſſa praeſentetur, quae ſeparatione habita, minima adparet. Qua in parte vel actor vel reus haud raro aut labuntur, aut inſidias ſtruunt. Poterit itaque, & par erit, inconſultis ſubuenire, malitiam compeſcere. Quod fiet, ſi iudex artificio interrogandi rei veritatem indagabit, cauſſamque ad minimam reducet.

§. XII.

Sed quum hic potiſſimum de conſtituendo iure deliberandum ſit, ducor meditatione ad aliud conſilium; quod, niſi nimis mihi adſentiri videor, & iudici & partibus inſignem adfert vtilitatem. Suaſor ſcilicet eſſem, vt iudex, tradito in minimis cauſſis libello, monitorium reo inſinuet, vt *vel ſatisfaciat actori*, vt exprimi ſolet: **er ſolle Impetranten klaglos ſtellen**, vel, ſi dimicandum putet, *exceptiones ſuas proponat ſub iactura illarum* atque

ad iudicem referat. Quae, si reus adtulerit, actori essent communicanda, quo facto tandem, impetrante actore, terminum vberiori cum effectu indicere posset. Equidem haud paucos & ob protractionem & sumtuum nomine, suspectum habituros esse consultum mihi persuadeo. Sed nisi fallor opportuna ad purgandum me ab hac suspicione est occasio. Dictum enim supra, quam raro amicabilis compositio exoptatos ferat fructus, neque in ratione amplius quid ponendum est, quam quod iudex rudis in caussa expers quoque consilii sit. Hoc vero modo praeparatur animus ingeniumque iudicis, faciliorique negotio caussa ad concordiam adduci poterit. Et partibus quoque ita itur prospectum. Actor, intellectis exceptionibus, plenius de replicis atque probationibus, reus vero de defensione paranda cogitabit.

§. XIII.

Ordo me vocat ad *litis contestationem*, quae, ab initio amicabili compositione fructus non ferente, est suscipienda. Quod autem eam adtinet, nullam in minimis caussis a regulari forma habebit vacationem, nihilque hac de re commutatum inuenio. Neque qualiscumque responsio rei; a regulis litis contestationis abalienata, sufficit. Argumentum enim a summario processu forte repetendum omnibus laborat naeuis. Nam quo maiora dissensionum semina spargit haec sententia, ex quibus monstrosi, longinquitate, processus progeniti; eo grauiori studio has respondentium ineptias fugiamus. Omnes huius processus supra traditae rationes contra pugnant. Contractum voluit *summus autor huius*

ius legis temporis ſpatium, venerando actori, reo, publicaeque rei proſpiciendi animo. Vagis vero litis conteſtationibus locum facientes, ampliſſima propagandi lites enaſceretur occaſio, & litigantibus & rei publicae pernicioſiſſima. Nec minus intenta fuit mens ſumtibus moderationem adhibere, hac vero admiſſa, apertus graſſandi in patrimonium diſceptantium redderetur aditus. Quibus compoſitis nihil adcommodatius noſtro proceſſui, perfecta, ductu ORD. RECOGN. *ad Tit. XVI. §. 1.*, litis conteſtatione habebitur. Quodſi autem cauſſas minimas rigore litis conteſtationis releuare, generalio-rique reſponſioni indulgere placuerit, multa opus erit eo nomine cautione. Diſcrimen habendum modi probandi ab actore ſelecti; vtrum iuramentum detulerit nec ne. Hoc non facto, circumſpiciat iudex an omnia capita libelli vel *adfirmauerit* vel *negauerit* reus, atque hoc caſu generali reſponſioni nonnihil relinquendum cenſebit. *Reo* vero *ex parte confitente, ex parte inficiante*, vix ac ne vix quidem feret numeris non diſtinctam litis conteſtationem. *Iuramento* vero *deferente actore*, nauci habenda quaeſ ad ſingulas partes directa haud deprehenditur, praeterquam quod, vna comprehenſione totum libellum adſerente reo amplectendum ſit. Verendum enim maxime eſt, ne, deficiente perſpicua litis conteſtatione, cauſſa ad ipſam iuramenti praeſtationem deducta, nouis de formula ſacramenti verborumque ſignificatione obmotis difficultatibus, graues litibus impendant tempeſtates.

§. XIV.

§. XIV.

Exciperet litis contestationem sententia interlocutoria, quae in ordinariis processibus de probatione & reprobatione, in summariis de demonstratione & contrademonstratione dici solet. Sed id ipsum est, in quo maximum huius processus cernitur discrimen. *Interlocutoria funditus exstirpatur sententia*, respuit sollennem probationem, demonstratio & contrademonstratio nihil adtenditur. Prima potius sententia litem definiendam dictitat ORDIN. REC. Non tamen obstructum existimemus omnem ad probationem aditum. Illibati prostant modi alias consueti, abscissis tantum sollennitatibus, moram nectentibus. Id enim breuitati dedit *laudata Ordinatio*, vt, quoad fieri potest, vna sententia liti finis concilietur. Eaque propterea nullus probationi terminus relinquitur, sed actor aeque atque reus in primo statim termino omnia sollicite colligenda curent, quae ad fidem caussae suae parandam conferunt. Agitur haec meditatio quandoque mentes litigantium, non cognitum satis habentes, qua possint officio suo fungi ratione. Quoad ego de hac nimis vexata caussa iudicium suscipere potero, operam meam titubantibus actori & reo adcommodabo.

§. XV.

Ac de *actore* quidem primo dicendum est. De quo vero ille conqueratur nihil habet. Intendit ipse litem. *Non salutet itaque limina iudicii, nisi plene instructa caussa, vt intelligatur quo genere probandi vsurus sit.* Quam si neglexerit deliberationem iure suo patitur damnum. Quo ergo vtetur in

in informanda caussa modo? Non difficile negotium datur. Aut *documentis* rei fidem conciliare, aut *testium* aduocare *auxilium*, aut *iuramentum deferre* licebit. In his tamen omnibus probandi generibus aliquid in obseruatione esto. Dum documentis aliquid probationis dari posse dixi, nolo hoc de *guarentigionatis* intellectum. In eam quippe non discedo sententiam, vt executiuus cum minimarum caussarum commisceatur processu. Qua de re infra dicam. Ea tantum documenta hic in considerationem incidunt, quae omnibus non omnino absoluuntur numeris. Itaque, quum ad condemnandum non sufficiant, praesumtioni tamen deseruient, nisi omnibus plane vitiis scateant; cuius generis documentis nihil tribuendum est. Praetermitto vero vel formae vel naeuorum instrumenti expositionem, non meo argumento propriam. Aliunde iam hoc patet, licet variis illaqueari difficultatibus experientia quemque doceat. *Actor* autem, ante dictis vsurus documentis, *ipso libello statim iungat eorum copiam*, petatque reum ad recognoscendum citari, in termino ipsum originale producturus. Sed quid, si actor in ipso demum termino, neque copia addita libello, documentum producat? Quid si in vltima tandem positione? Inest huic rei multum difficultatis. Quo vero negotio repelli possit non satis intelligitur. Quo reus ad recognoscendum adigi queat consilio aeque non constat. Admittendus sane erit actor, quum probationis adferendae, vsque ad sententiam, terminus non adpareat constitutus. Inficias vero eundum non est astutia quandoque haec excogitari ab actore, quo, reo spatium ad delibera-

tionem

tionem de vitiis documentorum praescindens, eo felicius viam ad suppletorium sibi sternat. Quo nomine iudex frena iniiciet exsultanti actori, atque, excitata suspicione, deferet *calumniae iuramentum.* Reum quod adtinet, satis quidem paret, eum, deficiente legis definitione, cogi ad recognoscendum non posse; sed illud tamen renitenti polliceri habeo, nihil sibi tenaci mente prospicere. Potius hoc periculi subit, vt iudex, coniecturam pro actore capiens, facilius ad *suppletorium* iniungendum perducatur. Quo circa consultius ipsi erit omnes intendere neruos quo documenti fidem labefactet.

§. XVI.

Nunc de *editione documentorum* quaedam monenda sunt, quae non nihil dubitationis in hac caussa alit. Actore initio traditi libelli editionem petente res dubio caret. Vel enim *ab ipso reo* eam efflagitat, & nihil certius est, quam vt iudex reum aut sub poena ediri & recogniti, si copia adiecta, aut ea deficiente sub comminatione: daß in deren Verbleibung die Klage zu deren Bestärkung die Edition gesucht wird vor eingeräumt gehalten werden solle, statim ad edendum atque recognoscendum originale in primo termino ciret. Sin autem *a tertio* cupiat edi, nulla mora contracta, *iudex* vel *compulsoriales* vel *requisitoriales* dabit, termino ita directo, vt in primo, reo ad comparendum indulto termino editio pariter suscipienda sit. Quid vero, si actor, credens reo documentum ad manus esse ab eo vrgeat editionem, reus autem, destitutus quidem originali, compertum tamen habeat apud quem deprehendatur?

datur? Sane ſi reus in termino demum ſuam hac de re explanaret ſententiam inanis dies conſumeretur. Quid ergo? ſuaderem reum adligare, vt tempeſtiue ante terminum indicet poſſidentem. Quod conſilium adiuuare poterit iudex, prima citatione in id compoſita. Reliqua ad editionem documentorum eorumque recognitionem reſpicientia expedita ſatis ſunt; ed me in praeſenti argumento parum pertinent.

§. XVII.

Vertor ad aliam probationem quae *per teſtes ab actore* ſuſcipitur. Varia eſt via ad eam parandam. Ac primo quidem actori licet in ipſo libello teſtes appellitare, iudicemque adire petitione vt, reo negante, eos ad teſtimonium vocet. Quo facto, inficiante eo, ſtatim teſtes arceſſendi deque capitibus libelli interrogandi ſunt. Immo non mediocriter ſibi proſpiciet, ſi in primo termino teſtes comites adducat, atque, pertinacia rei intellecta, ad teſtimonium dicendum ſiſtat. Eſt & aliud huius probationis genus, ſi cum libello articulos probatorios ſimul offerat, vt teſtes nominati, reo veritatem fugiente, conuincendo adeſſe queant. Tandem & hunc modum a proceſſu cauſſarum minimarum non alienum, ſuadendum potius, credo, quando actor rotulum teſtium de cauſſa deponentium vel libello iungit, vel in primo termino offert. Quamuis enim omni numero haec probatio non habeatur abſoluta, ſpem tamen concipiet de impetrando ſuppletorio, eamque non inanem. Accipe minute actor haec quae tibi poſita ſunt ſolatia, in contemtu non habenda.

§. XVIII.

§. XVIII.

Discessionem iam facerem ab hoc genere probandi. Sed noua mentis excitatur agitatio. Incidit in consultationem, *an interrogatoria a reo oblata admittere fas sit?* Equidem hoc certi habeo, non ad officium iudicis spectare vt reum de oblatis articulis aut testium rotulis certiorem faciat, & ad tradenda interrogatoria inuitet. Solet tamen quandoque iudex, nescio quo feruore, emolumento forsan ductus, eorum reum facere participem. Aliquando & ipsi actores, mirifice iactitantes triumphum, suam prorsus produnt caussam. Reus itaque in termino exhibet interrogatoria. Quid quaeso fiet? An repellendum iudicabis? Durius hoc mihi videtur. Rei suae qui inuigilat repulsam non meretur. Idque eo minus quum nihil protrahatur caussa, reique partibus faueant leges. Manet tamen anceps rei deliberatio. Meam sententiam dixi.

§. XIX.

Actor vero, si & documentis & testibus se orbatum videt, nihil reliqui habebit *iuramenti delatione.* Eoque anxius de hoc meditandum est, quo certius patet ex ORD. REC. *Tit. VIII. §. 1.* iusiurandum in ipso libello deferendum esse. Nescio enim an in caussis minimis relaxandum actoris officium, atque in ipso termino aditus ad iuramentum aperiendus sit. Aequitate tamen non nihil commoueor. Labefactatur saepe actoris spes quam in testes posuit, diem forsan ante obeuntibus, diem veretur litis suae. Quid quod aliquando, re melius pensitata, moram non iniecturus alia probatione, caussam rei fidei committere non amplius dubitet. Nonne huic breuitati

datae

datae meditationi quid indulgendum erit? Anceps est quaestio. Ambigua decisio. Aequitas suadet. Accedit & illud non leuis pretii, quod mutandi libellum potestas nullibi circumscripta inuenitur. Quare in termino, potissimum in minutis caussis, non licebit? Sed reo vulnus illatum videtur. Vrget deliberationem. Intelligo malitiam. Reorum est fugere. Remissius me tenet haec cura. Iam satis mentem agitare potuit deliberando, sique conscia mente ducitur ad negandum, quid timoris iniicit iuramentum? Nihil plane. Nisi astutiae frena recipere graue fuerit. Iniustus dolor! Quidquid vero huius rei sit, hoc certo constat, actore rite iuramentum deferente reum vel ad acceptandum vel referendum se conferre debere. De quo si mentem non explanauerit, sciat ex ORDIN. RECOGN. *Tit. XVIII. §. 1.* sententiam de iuramenti praestatione fieri, non reseruata relatione. In eo autem patet minutarum & grauium caussarum discrimen, quod conscientiam probationibus exonerare permissum haud sit. Planius iacet ante oculos dispositio ORD. REC. his verbis: Und ob gleich in Ermangelung andern Beweises denen Partheyen auch hierunter der Eydes delation sich zu gebrauchen unbenommen bleibet, so soll doch in solchen Fall einige Gewissensvertretung in geringsten nicht statt haben, sondern derjenige dem der Eyd deferiret wird nach Befinden sich dessen Acceptation und Relation halber so fort erklären. Neque e longinquo arcessendae rationes. Dum enim leges sollenni probationi in minutis caussis locum non reliquerunt, multo magis haec, implicata difficultatibus,

 mali-

malitiaque faepius abundans probatio, procraftinationi pereximie deferuiens, exftirpanda erat. Declaratione autem fecuta & illud iudici licet, vt ftatim partes, praeuio conceffo fpatio, ad iudicium vocet, atque actorem ad calumniae, reum vero ad delatum iuramentum praeftandum compellat. Erit & certe deliberatius partes non illico ad iuramentum admittere. Quemlibet enim iudicem fatis edocuit experientia, quod partes, fubitaneo feruore inflammatae, omni impetu rapiantur ad iurandi libidinem, fpatio vero deliberationi impertito titubet confcia mens, proniorque fe tradat concordiae.

§. XX.

Satis de actore. Patet tamen latiffime feliciori fucceffu fines regi poffe huius proceffus, fi iudex, vt in §. XII. dictum eft, initium a monitorio ducat. Reus nunc auxilium pofcit. Parum otii huic relictum eft. Omne potius tempus in id collocabit vt cauffae fuae paret defenfionem. Suscepta de exceptionibus cogitatione, eam de probatione excipiet confultatio. Eosdem vero probandi modos, quos actori dedi, reo applicare eo iuftius erit, quo fauorabilia rei intelliguntur iura. Omnia tamen, quibus exceptiones confirmare tendit, in primo termino abfoluenda funt. Producat itaque documenta his deferuitura, curetque vt in promtu fint. Quo facto actor de recognitione fe fubducere nullo poterit iure. Compellendus potius eft. Teftes vero daturus, eaedem, quas de actore expofui, tenebunt obferuationes. Poftremo, & teftibus & documentis priuato reo, iuramentum fubfidium dat. Admonendus tamen eo nomine mihi eft, vt ftatim iuramentum actori deferat, quo officio intermiffo fibi acce-

acceptum ferat, si ipsius res res aliquid detrimenti capiat. Neque etiam tantopere indulgendum iudico reo, vt in vltima demum positione documenta adducere, vel ad sacramenti delationem confugere ipsi permittatur. Quum enim actori amplius se declarandi non sit facultas, ea omnia nihil adtentionis merentur. Quin autem testium rotulos etiam in vltima positione adferendi potestas sit, non ambigo.

§. XXI.

His peractis sequitur sententia. Permagnum pondus adfert *ordin. recogn. tit. I. §. 6.* grauia, quae ibi deprehenduntur, verba excitant iudicis in sententia ferenda & curam & circumspectionem: Daß auch einen jeden Unter-Richter obliegen solle, die Partheyen also fort ex bono & aequo, jedoch denen Rechten und seinen besten Wissen und Gewissen nach, allenfalls auf vorhergehendes iuramentum suppletorium oder purgatorium zu entscheiden, oder ein decisum darüber bey unsern Rechts-Collegiis, welche in solchen Fall gleichergestalt allezeit so fort definitiue zu erkennen haben, einzuholen. Intelligitur ex hac dispositione quantum arbitrio iudicis relictum, quantumque in eius fide positum sit. Ego vero tantos mihi non sumo spiritus, vt expertorum longoque vsu exercitorum iudicium arbitrandi limitem potestatem. Iudicare enim difficile est nisi expertum. Satis iam *laudata ordin.* fines regit in pronunciando. Arbitrantes hi iudices tribus vtuntur comitibus. Lege, peritia, & conscientia mente. His in consilio habitis, omnes iudicum sententiae aequabilitate se commendabunt. Neque conquerendi erit occasio, nisi malitia repletis. Quibus morem gerere turpe est. Vires comprimere laudi ducitur.

§. XXII.

Ne tamen ficco pede graue hoc transire videar officium, generaliter tantum quaedam definiam. Singula comprehendere varietas controuerfiarum non permittit. Sed in his ad circumftantes litem cauffas, fe offerentes praefumtiones, vel fufpiciones arbitrium eft componendum. Primum caput deliberationis continetur in fundamentis quae in §. V. conftitui. Inque eo cautio adhibenda, ne contra fententia pugnet. Primo itaque confiderandum eft loco: *num actor aliquid dederit probationis? num iuramentum fit delatum? num coniecturae probabiles actorem adiuuent?* Quod fi plane nihil actoris cauffam fuffulciat, pronunciandum erit: daß Klägers Suchen nicht ftatt habe. vel: daß Beklagter von der Klage zu entbinden und loszuzählen, refufis expenfis. Neque reiici poteft libellus angebrachtermaßen. In praefenti enim cauffa non ineptiae aut obfcuritas libelli in ratione funt, fed deficiens omnino probatio. Non deerunt tamen, qui, meam iniquitatis accufantes fententiam, ad fuppletorium vel purgatorium dirigi oportere fententiam putabunt, fontemque in ipfa ORD. RECOGN. fcrutabuntur. Ego vero non intelligo, quo impetu ad hanc ferantur cogitationem. Verba ORD. REC. *Tit. I. ∫. 6.* denen Rechten nach ꝛc. & paullo poft: allenfalls me egregie confirmant. Nihil probauit actor. Quid ergo suppleret? Non eft fufpicione adfectus reus. Cur itaque fe purgaret? Incondita fane patet interpretatio. Multo vero minus iis me traderem qui, denunciationum veftigio prementes, actorem ad confirmandum iuramento libellum fententia aduocandum opinabuntur. Non opportunior ad malitiam excolendam ef-

fet

ſet inuentio. Qua ambabus arrepta manibus verſuta & barbara religione ingenia aliorum inhiare opibus non deſinent.

§. XXIII.

Reo contraria ex parte totum adfirmante libellum, oppoſitisque exceptionibus peremtoriis nullam fidem conciliante, *condemnatoria ſententia* locum habet. In reliquis vero caſibus, niſi contumax forte pro confeſſo & conuicto habendus ſit, numquam ſimpliciter condemnari reum fas eſt Pariter, ſi caſum actoris de induſtria in termino non comparentis exceperis, abſolui reum iuſtitiae non reſpondet. Equidem omni contentione animi caſum adſequi cogitando haud potui, quo in cauſſis minimis, abſtracta mente ab ante traditis exemplis, ita numeris ſuis abſolutam vel actor vel reus peragere queat probationem, quae abſolutionem aut comdemnationem poſtulet. Conſideres documenta. An ſufficient? Non ſunt guarentigionata. Num teſtes explebunt fidem? Minime. Raro ad interrogatoria aditus eſt. Ad reprobationem numquam. Colligo inde, quod, *deficiente tam ex actoris quam rei parte plena probatione, a ſimplici vel condemnatione vel abſolutione abſtinendum ſit*. Dum vero hanc mentem agitat meditatio, non alienus forte ſeſe offert caſus. Experitur actor contra reum condictione ex mutuo, defert iuramentum, reus adfirmando litem conteſtatur, obiectamque exceptionem ſolutionis vel compenſationis documento guarentigionato probat, recognoſcit actor, vel, documento publica fide conſtante, non indiget recognitione. Abſoluendus erit reus. Nullus dubito. Alius animum non ſubit caſus. Quod reliquum eſt in ſententia ferenda ponderandum certis limitibus cir-

 cum.

cumscribi nequit. Arbitrium iudicis dubiae rei medelam adferet. Perpendat tamen iudex, quem litigantium fortior commendet praesumtio, quique eorum de veritate iurare possit. Huic si iniunxerit iusiurandum officio suo fecit satis.

§. XXIV.

Publicata tandem sententia de *remediis vim rei iudicatae suspendentibus* cogitandum est. Quae in ordinariis caussis suscipiuntur duorum generum sunt. Alterum ad *leuterationem*, alterum ad *appellationem* pertinet. Antea vero quam latius de illis agam, verba adiiciam ORD. REC. *tit. I. §. 6.* da aber ein oder der andere Theil bey des Richters Ausspruche nicht acquiesciren, sondern darwider, wie ihm intra decendium zu thun frey stehet, etwas einwenden wollte; so ist hiervon unverzüglich zu unserer Landes-Regierung mit Beyfügung derer Acten und gehaltenen Registraturen, auch angehengten unmaaßgeblichen Gutachten, Bericht zu erstatten, als bey deren erfolgenden Resolution es sodann schlechterdings sein Bewenden haben soll. Elucescit inde non omnem ad remedia interponenda viam occlusam, sed circumspectam tantum esse. Duo solent in ancipiti iudicis tenere animum, 1) *an leuteratio admittatur?* 2) *ad quem apostoli dirigendi sint?* De vtraque quaestione dubitatur. Dabo itaque operam vt titubantem iudicem constantiae reddam.

§. XXV.

Quod vero *leuterationem* adtinet, *eam plane*, vt vocatur, *inadmissibilem habeo.* Scrupulum quidem obmouent verba: sondern darwider, wie ihm intra decendium zu thun frey stehet, etwas einwenden wollte rc. quibus omnia remedia indulgeri videtur. Sed quae sequuntur verba vberius rem explanant:

und wie solches auch von unserm Hoff-Gerichte und Consistoriis, ingleichen unsern Vettern Ldd. und denen Stiffts-Regierungen zu verstehen. Also ist zwar bey denselben denen Partheyen das *beneficium appellationis* auch dießfalls unbenommen. Quae si, vti par est, ante positis verbis iungamus facile liquet vocabulum etwas tantum de appellatione intelligendum esse. In quam rem etiam facit, quod plane omnis cognitio de remedio interposito iudici adempta sit, & potius, nulla interiecta mora, apostolos dare debeat. Quae omnio ad appellationem pertinere in aprico est. Inde ergo certissime simul constat, quod, si litigans leuteratione vsus sit, reiectionem iudex suscipere haud possit, sed caussam ad regimen aulicum referre officium iubet & expressa sanctio. Quid vero, si iudex, imbecillitate humani generis lapsus, accepta leuteratione terminum ad prosequendum constituat, eoque absoluto acta dicasterio transmittat. Quorsum tendet sententia? Intellexi eo nomine, peruestigatis actis, varia rem decidi ratione. Quandoque ita pronunciant: daß die eingewandte Leuterung nicht zuläßig, und Bekl. Klägern alle dadurch verursachte Unkosten zu erstatten schuldig. Quandoque hunc decidendi modum seligunt: daß, weil die Sache unter 50 Guld. beträgt, auf die eingewandte Leuterung zuförderst nach Anleitung der erläut. Proc. Ordnung Tit. I. §. I. gehörigen Orts, mit Beyfügung derer Acten und gehaltenen Registraturen, auch angehängten unmaßgeblichen Gutachten, Bericht zu erstatten, und darauf Resolution zu erwarten. Quem posteriorem modum ORD. REC. adcommodatiorem censeo. Illud tamen ex priori pronunciandi genere conspicimus, quanto cauendum sit partibus opere, ne, tali electo remedio, iacturam sentiant. Inadmissibili enim declarata leuteratione, effectum suspendendi non habet, adeoque sententia vires rei iudicatae nacta est. Tutiorem viam

 sternit

sternit appellatio. Vidi tamen quosdam caussarum patronos in remedio interponendo his verbis vti: Will sich Kläger al'o hiermit, des in der Proc. Ordnung Tit. I. §. 6. nachgelassenen remedii bedienen, und angezogenes gravirendes Urthel a viribus rei iudicatae suspendiren. Quibus quum se referat ad ORD. REC. non immerito appellationis vires habebit. Nudas vero protestationes, etiamsi suspendendae sententiae mentio facta sit, nihil plane valere probat ORD. PROC. VET. SAX. *tit. 35. §. 6.*

§. XXVI.

Superest altera iudicem quandoque iactitans quaestio? *ad quem superiorem apostoli dari debeant?* Satis quidem instructum videtur iudicis officium in ORD. REC. non interposita mora ad regimen aulicum caussam referre iubente. Quare, siue ad principem, siue ad aliam intermediam instantiam directa sit appellatio, iudex ea incedens via non male officio suo fungetur. Vbi autem ad curiam prouincialem Lipsiensem appellatum est, iudicium hoc praetereunte iudice, saepissime rescriptum cognoui: Ihr wollet wegen der von Bekl. an unser Oberhoff-Gerichte zu Leipzig eingewandten Appellation euren gehorsamsten Bericht, wie euch ohnediß zu thun gebühret hätte, erstatten.

§. XXVII.

Tandem promisi memor, paucis de executiuis caussis meam explanabo mentem. Totum vero, quod traditum est procedendi genus, ad lites executiuo processu destinatas nihil pertinet. Partim enim omnia quae in ORD. REC. ante appendicem disponuntur ordinario processui propria sunt. Executiuus in appendice traditur, eiusque informatio nihil discriminis inter minutas caussas adfert. Partim maximopere labefactaretur documentorum fides, imo corrueret penitus, si altioris probationis exceptiones locum sibi vindicarent. Nec breuitas me mouet. Haec enim iam iam executiuo processui inest virtus, vt omni celeritate terminus liti concilietur. Ex quo est quod executiuum processum, etiamsi minima in lite verletur res, hac circumscriptione non indigere existimem. Reiiciantur potius rei non liquido patentes exceptionis in reconuentionem, eaque instituta, caussae pertractatio ad normam ORD. REC. *Tit. I. §. 6.* iure reuocetur. Sufficiat potiora huius processus capita adtigisse. Plura quidem deesse ipse intelligo. In promtu erant quae dici possent de rescriptis, litis denunciatione, interuentione, reassumtione, huiusque generis similibus. Sed tempori cedendum fuit. Quae autem supersunt ad aliam occasionem reseruo.

VI.

VI.

DISSERTATIO

DE

CAVSSA

OB

PRAESTITVM IVRAMENTVM

IVDICIALE DECISA

PROBATO PERIVRIO

REDINTEGRANDA.

§. I.

Quanta apud veteres Germanos pugnabat fides, genti quasi propria, tanta nunc fraudatione regitur haec ipsa constantiae consecrata terra. Sepulta fere est antiqua dictorum atque factorum constantia, veritas pariter. Mendaciis aditus commendationi paratur, vt expers artis viuendi habeatur, qui simulata hac amicitia animis se insinuare non didicerit. Officiosis verbis adfluentes reperies, quos credis amicos, meditationes raro dictis respondentes. Quoque copiosius amicitiam nobis persuadendam curant, eo circumspectius de machinationibus cauendum videtur. Ita senectute pene confecta est antiquissima fides. Sed hoc non tantopere mirandum est, quum ne iurisiurandi quidem religio animos ab hac perfida consuetudine auocet, tentata hoc modo homines ad virtutem reducendi via. Religio sacramentorum effrenatae indolis hominibus terminos positura credebatur. At versa sunt in peius remedia. Vnde enim malitiae ingrauescentis sperabatur leuatio, inde rapacitatis consilium, audacia subfultum, flammas cepit. Vnde litium exitus exspectabatur optatus, inde procrastinatio perniciosissima ortum saepe traxit. Multa profecto negotia, debita maxime, neque adscitis testibus, ne litteris quidem obligationem continentibus, contrahuntur. Quandoque commerciorum ratio non fert hoc cautionis consilium. Quo inito, caussa in controuersiam ducta, multoties rei ad proteruitatis pontem, *si fecisti, nega*, confugiunt, iuramentumque ipsis delatum, quasi virtutis artificium orbi staturi, mi-

rifica

rifica alacritate praestant. Sed ne litterarum scriptura ad malitiam aditum occludit. Neque magis cambio tutus eris, quod multi tamen citioris solutionis incitamentum existimant. Accedas debitorem tuum, aliis forte communem, custodesque milites, quot par est carum hunc hominem teneri, sistas. Frontem, ante laetis cogitationibus serenam, nunc iracundia incensam teterrimamque cernes. Conuiciis tuam exagitabit audaciam, cambium fremiscens conspiciet, vrgebit exceptiones, flocci tamen habendas, immo, de quo fulmine tactus titubabis, diffessioni se offerret. Licebit certe. Tu ergo qui grande hoc periculum, conscia mente debitorem tuum reuocante, hac vice effugisti, in posterum cautius mercari disce. Ipsa quoque beneficia, debitorum vtilitatibus conciliata, haud raro calliditati adcommodantur. Multa haec inter exempla non vltimo ponenda loco querela & exceptio non numeratae pecuniae. Foecundam hanc sibi coniugem iunxit malitia debitorum. Eoque consilio nullum fere est chirographum tanta confirmatum fide, quantam eneruare hoc malitiae adoptatum remedium nequeat. Quid enim si debitor, decipiendi machinas meditans, intra biennium querelam non numeratae pecuniae instituat? Quid si, eodem currente tempore, creditori agenti exceptionem hanc eiusdem farinae obiiciat? Probandi necessitate actori imposita euentus facile pessimae huic cautelae respondebit. Quod si enim, vt fieri solet, neque testes solutioni interfuerint, neque aliud adhuc chirographum confessionem acceptae pecuniae comprobet, neque in iudicio creditor soluerit, nihil probationi reliquum

erit,

erit, iuramenti delatione. Hac certe religione animum tui debitoris insidias fortunis tendentem, nihil mouebis. Triumphum aget victor hic ex dolore tuo. Excipiet laete iuramentum. Iurantemque si conspexeris a trepidatione tantopere intelliges alienatum, vt hoc praestitum sacramentum tribus virtutis comitibus stipatum facile quis crediderit, quem fugerit maleuolus in constantia malorum virtutem quaerere.

§. II.

Equidem quassatam saltem sentio fidem Germanam, non extinctam penitus. Gloria bonos viros tamquam vmbra sequitur. Quo vero numero sunt pauciores, eo magis de hac amplissima malorum turba sibi cauendum habent. Caussarum maxime patroni prospiciant, ne ex temeritate, nimiaque festinatione in deferendo iuramento, clientum res quid detrimenti capiat. Et vero iudicis quoque cura prouidentiaque iuuanda est iuramenti religio. Quo pertinet hoc officii caput de *admonitione periurii vitandi caussa.* In eoque princeps erit cogitatio, *vt adhortationibus suis*, grauibus in hoc grauissimo negotio, *malitia praegnantes*, partumque edituros proteruitatis, *in viam virtutis reducat.* Rusticam imperitiam, qua haud pauci de caussae iustitia sibi adsentiuntur, consciaque mente iurare cogitant, informare non minus boni est iudicis. Sed actum videor agere, dum hoc ipsum officium legum iam dispositionibus patet. Ita esset, nisi de consueta intermissione, aut in admonendo verborum inanitate, continuae in foro excitarentur querelae. Magnus enim iudicum numerus contentus est, quod obsole-

tas

tas quasdam, ex variis practicis informatoribus collectas, formulas, graciles plerumque & steriles, memoriae demandauerit. Quo nomine sapientiam iactitantes, mira linguae velocitate immensa illa damna ex periuriis redundantia, tranquillitatisque huius & futurae vitae iacturam exponunt. Atque sic satis sibi fecisse putantes, registraturam hoc eleganti verborum adparatu exornant. Ex quo fit, vt iuraturi quandoque vix aures praebeant. Quam vero maxime intererat iungi admonitioni concinnam commemorationem eorum, quae ex actis contrariam suspicionem parant, animumque in aliquam dubitationem ducere poterant, obliuioni, ex lapsa temporum consuetudine, plerumque tradunt. Frequens haec negligentia, ni fallor, inde ortum trahit, quod partes ab aduocatis ea de re iam informatos esse confidant, eaque fiducia freti, ipsi caussae merita haud peruestigauerint. Quod turpe est dictu. Quamuis autem tanta desidia iudicum saepe periuriis portam aperiat, aduocati tamen non magis culpa vacant. Si enim sacramenti, quod praestiterunt, legibus se conformare aduiterentur, caussa ad iuramentum perlata, nulla ipsis prior cura esse deberet curata de caussae naeuis instructione. Solet autem haec postrema ipsis esse meditatio. Aeque expertu detestabile.

§. III.

Quo autem haec a me tradita sunt certiora, experientiaque ad taedium vsque confirmata vitia & iudicum & caussarum patronorum, & clientum; eo minus miranda est periuriorum frequentia. Erit ergo eo maior adhibenda cautio, quo hi mali impetus

tus reſtinguantur. Hos modos inter confero, ſi & *iuramento decifam cauſſam, periurii probatione facta, irritam reddi cenſeamus, omneque turpe lucrum, perfidia r ptum, eripiamus.* Atque de illo argumento mihi in praeſenti conſideratio erit. Colligam eo nomine Iuris Ciuilis, Canonici, Imperii, Saxonumque principia, vt intelligatur, quid quauis ſanctione ad ſusceptae ſententiae defenſionem adcommodari poſſit.

§. IV.

Periurii definitio haec datur: *quod ſit factum doloſum declarationi iuramento firmatae contrarium.* Illud commode diſtinguitur in *mendacium doloſum,* & *promiſſi iurati contrauentionem doloſam a)* Haec tamen poſtremo loco poſita periurii ſpecies ad praeſentem materiam haud ſpectat. Prioris autem generis *mendacia* in *adfirmatiua* atque *negatiua* dispertiuntur. Adfirmatiua dicuntur, vbi *iurans aliquid eſſe adſerit, quod non eſt, neque exſtitit.* Negatiua vero *quando quid eſſe negatur, quod tamen vere exiſtit vel exſtitit* Taceo reliquas mendaciorum partes, quas omnibus numeris abſolutas tradit rerumque exempl s illuſtrat Ill. RECHENBERGIVS *b*). Ex *ciuilibus* vero *legibus* ſententiae meae praeſidia repetituro prima contentio ineunda erit cum iis, qui ex Romano Iure impunitatem peierantibus pollicentur, nullamque prorſus a Romanarum legum conditoribus huic mendacio doloſo ſancitam eſſe poenam

a) Ill. GAERTNER Inſtitut. Iur. Crim. ad Art. 107. & 108. §. 1.

b) In Disput. de mendacio & in ſpecie eo quod in foro humano punitur §. 40.

nam copiose satis defendunt *c*). Quotquot autem, huic sententiae adferuntur argumenta, animum tamen nondum eo adducere potui, vt tam iniquae intermissionis veteres accusem. Idque eo minus, quum variis legibus poenae constitutae deprehendam vestigia. Initio, omnes vel certe plerique consentiunt, periurum infamia notari, eosque inter ipse CARPZOVIVS *d*) conuenit. Quam poenam non esse quis dixerit? Dum vero speciebus infamiae facti adnumerat, mirifice errat. In vulgus certe notae sunt regulae: *in omnibus delictis dolo perpetratis, nec non in iis conuentionibus, in quibus quis alterius fidei se committit, ob dolum condemnatum, sequi infamiam e*). Quo circa, siue periurium delictum dolosum consideraueris, siue conuentionem, tacite iuramenti delatione initam, perpenderis, dolus peierantis infamia vacare nequit.

§. V.

Alterum argumentum offert *L. 41. C. de transact.* Transactionis iuratae religionem violantem, si ad maiorem peruenerit aetatem, infamia notat, omnique commodo ex transactione exspectando priuat. En publicam vindictam, priuatam poenam pariter. Fit infamis, actionem amittit, poenam stipulatam luit, restituitque accepta. CARPZOVIVS *f*) qui-

c) FICHARDVS Vol. 2. cons. 71. n. 5. sqq. FACHINAEVS controuers. L. 1. cap. 14. CARPZOVIVS P. I. Const. El. 15. def. 7. Quaest. Crimin. P. I. qu. 46. Varias adhuc de controuersia opiniones recenset CALVINVS in Lex. Iur. voce *periurium*.

d) all. Quaest. 46. n. 32.

e) FICHARDVS Vol. I. cons. 36.

f) all. Quaest. 46. n. 33. sqq.

quidem hanc legem conciliaturus, caussam infamiae reliquarumque poenarum non in contemta sacramenti sanctitate, sed rupta fide transactionis collocat. Sed hoc ne ipsius quidem auctoritate firmatur. Omnium enim transactionum transgressiones his poenis circumscriptas esse nullus fere ICtorum probat. Et quum sine lege loqui erubescamus, eo maior nos pudor reuocat ab hac legibus earumque principiis refragante opinione. *L. 37. cum sequentibus in eodem titulo* casus fractae transactionis exhibent, in quibus huiusmodi poenas quaerere otiosus esset labor. Aeque exilii coercitio in *L. 4. ff. de crimine stellionatus*, defensioni patrocinium praestat, his verbis: *de periurio, si quis sua pignora esse instrumento iurauerit, crimen stellionatus fit, & ideo ad tempus exulat.* Iterum ei ad concordiam componendae operam adcommodauit CARPZOVIVS *g*), parum tamen praestitit. Occasionem exilium statuendi non periurium sed stellionatus crimen, ob doli atrocitatem, dedisse contendit. Qui vero *L. 3. ff. 2. h. t.* perscrutabitur, nullam legitimam poenam stellionatus delicto eo nomine finitam intelliget, quod ipsum crimen legitimum non sit. Exilium vero legitimam poenam nullus facile negabit. Praeter ea nondum mihi intellexisse videor, quae doli grauitas hic exilium meruerit, nisi violatae sacramenti religioni hoc tribuas. Et certe nisi hanc poneremus caussam, mirandum, quare non *in eadem lege ff. 1.* collusionem in alterius necem factam eadem coercitione legitima dignam habuerint. Mitto reliquas Romanorum sanctiones

g) eod. loco n. 35.

ctiones nostram sententiam probantes; satis enim vindicata mihi videtur veterum gloria in *compescenda iurantium temeritate legitima poena b)*.

§. VI.

Ne vero a me huc vsque fusius demonstrata e longinquo petita, atque a dissertationis argumento aliena credas. Erat omni cauendum modo, ne his erroribus vel concessis, vel praetermissis, nostra defensio quid detrimenti capiat. Qui enim periuriis immunitatem vindicant, facile in errorem quasi communem decidunt, caussam iuramento diremtam omne reuocandi lucrum inde partum consilium eneruare. Strata ergo disquisitionibus his habitis via, eo facilius in conficienda probatione thematis argumenta se offerent.

§. VII.

Videndum nunc est primo loco, *num iuramentum, quod quis malitia duce veritati contrarium praestitit, probato dolo constare possit.* Numne annullandi iustitia adsit. Flocci habeo hoc iusiurandum laesoque ad iusiurandum aditum patefaciam. Ac primo quidem dubitatione vacat, omnem iurisiurandi delationem ac relationem conuentionem seu pactionem partium continere. *L. 1. L. 25. L. 26. L. 35. §. 1. ff. de iureiur.* Haec autem conuentio ea conditione constat, qua actor deferens aut referens promittit, se ab vlteriori litis progressu destitutum, si reus iurauerit rem suam esse, de qua est controuersia,

b) Totum hoc argumentum plene disquisiuit, Romanasque leges ab iniquitatis suspicione purgauit Excell. ANDR. FLOR. RIVINVS in Dissert. de poena periuris Iuris Ciuilis & patrii.

sa, vel se nihil debere. E contrario vero reus deferens aut referens, se id, quod petitur, vel soluturum, vel restituturum spondet, si actor iurauerit, rem suam esse, aut sibi deberi. Inde etiam est, quod leges his verbis: *deferre*, *suscipere*, *referre conditionem iurandi*, vtantur. *L. 3. L. 26. §. vlt. L. 34. §. 7. ff. de iureiur. L. 9. C. de rebus credit. & iureiur. i).* Quae quum ita sint, iniquissimum omnino iudico iuramentum dolo malo praestitum illibatum seruare. Pactiones calliditate adulteratae; vel nullitate corruunt, deficiente consensu, vel per actiones, vel exceptionem doli mali, aut bonae fidei iudicio infirmantur. *L. 1. §. 1. L. 7. pr. & §. 3. & tot. tit. ff. de dolo malo.* Absit ergo, vt iuramentis dolosis, conuentioni exaequatis, laxiorem peccandi occasionem faciamus. Atque mediocriter omnino sibi consulunt, qui ex hoc fonte exhausto contrariam sententiam alere frustraneo labore adnituntur.

§. VIII.

Alterum probationis stipitem firmat transactionis indoles. Omnes vero transactiones, quibus dolus alterius caussam praebuit, nullae censentur, consensu exule, sine quo transactio praestare nequit. *L. 65. §. 1. ff. de condict. indeb. L. 9. §. 2. ff. de transactionibus. L. 19. C. eod. k).* Ex quo fit, *vt falsis vel subductis instrumentis aduersarii elicita nihil valeat. L. 1. & 3. C. si ex fals. instrum.* Qui enim

i) IO. VOETIVS ad Pandect. Tit. de iureiur. §. 25.
k) WESENBECIVS in Paratitl. Pand. de transact. n. 8. IO. VOETIVS all. l. TREVTLERVS Disp. 7. Vol. 1. th. lit. c.

enim astutia partis ductus transigit, non tam paciscitur, quam decipitur. *all. L. 9. §. 2. ff. de transact.* Hoc testimonium praesentem meditationem egregie alit. In promtu enim sunt leges transactionibus iuramenta componentes. Vnde *in L. 2. ff. de iureiurando.* transactionis speciem iusiurandum continere dicitur; transactumque negotium iuramento in *L. 31. in f. ff. eod.* effertur. Quo nomine vndiquaque fere a transactionibus, personas quod spectat, caussas aliaque circumstantia, ad iuramenta duci solet argumentum. Consequens exinde dimanat, periurium dolo commissum ratum non manere. Neque ergo coniectura adsequor, quo consilio mihi aduersi hoc ipso argumento ad impugnandum vtantur, quo leuior esse nequit offensio.

§. IX.

Eodem modo visa est quibusdam egregia inuentio desensionis contrariae sententiae, ex indole rerum iudicatarum hausta. Quae tamen quantopere titubet demonstratum eo. Equidem haud ambigo, in iure saepius iuramenta rebus iudicatis aequiparari. Quin imo maiorem iuramentis auctoritatem vindicat *L. 2. ff. de iureiurando* cuius haec sunt verba: *iusiurandum speciem transactionis continet, maioremque auctoritatem habet, quam res iudicata.* Ast haec omnia animo perpendens, lapsam potius intelligo corroboratam minime aduersam opinionem. Inquirendum a principio est in caussam, qua ducti legislatores iuramenti religionem superare rem iudicatam statuerint. Relinquo varias caussas, ex quibus haec iuramento facta decisio laxiores effectus consequitur. Sufficit haec dispositionis ratio, quod

in

in iuramento, maxime in iudicio a parte delato aut relato, de quo *legi nostrae* sermo est, duplex vinculum concurrat, alterum iudicis auctoritas, delationem vel relationem comprobans, alterum partium conuentio & transactio, de qua supra egimus. Rei iudicatae vero vis vnice ex iudicis auctoritate proficiscitur *l)*. Ex quo fonte legis dispositio fluit. Quidquid vero huius rei sit, haec tamen lex nihil me mouet, vt a coepta decedam defensione. Alterum enim principium a pactione ortum in nostro casu considerationem non meretur, quum doli accessio omnem eius virtutem eneruet. Quo remoto, iuramentum dolosum, praeter pondus, quod iudicis comprobatio adiicit, nihil confirmat. Adeoque vnicum forsan obiicere posses, quod iuramento confecta lis iudicatae rei exaequetur. Vrgent certe magno impetu. Sed sunt haec ipsa arma quibus contra vsurus sum. Rem iudicatam enim pro veritate haberi, & ex nigro album effici, pauci ignorant. Praesumitur quoque bona & iusta *m)*. Non ambigo. Est tamen haec praesumtio non iuris & de iure, sed iuris tantum, quae probato contrario in cassum redit. Igitur si quis probatum dederit, sententiam ex falsa caussa esse latam, vires rei iudicatae euacuabunt. Indeque est, quod sententia falsarum probationum caussa pronuntiata restitutionem pariat atque rescindatur. *L. 33. ff. de re iudicata. L. 2. C. si ex falsis instrument. n)*. Nec dispar in iuramentis sub-

M 3

l) GLOSSA ad hanc Leg. 2.

m) MEVIVS Decis. 104. MOD. PISTOR P. 2. Qu. 75. n. 10.

n) Perill. WERNHERVS Sel. Obs. For. P. 8. obs. 290. n. 5.

ſubeſt decidendi ratio. Eſt iuramenti delatio ex ſpecie probationum, in quo praeſtito, quum dolus arguitur, nulla iniuſtior excogitabitur probatio. Quo eſt aequius iuribusque adcommodatius, cauſſam vano iuramento diremtam redintegrare.

§. X.

Erunt itaque ab hac iniquitatis ſuſpicione purgandae Romanorum leges. Praetores ſane, qui tantis cautionibus ſtricti iuris rigorem aequitati reſtituerunt, intactum hoc minime reliquiſſent. Dudum moderationem adhibuiſſent. Opus vero haud duxerunt, quum leges contrariae ſententiae fautores confutent. Manifeſtum eſt in iure noſtro caueri, ne alter cum damno alterius locupletior reddatur. Vindicata ſunt vndiquaque delicta. Abhorrent leges a turpibus malitia comparatis lucris. Deceptis potius conſulunt. Impia lucra extorqueri iubent. Omnia haec cauto conſilio poſita principia vno corruerent impetu, ſi periuriis quaeſtum facere liceret. Ineſt eadem iuſtitiae & aequitatis virtus *L. vlt. C. de rebus creditis & iureiur.* quam, multis interpretandi artibus a diſſentientibus vexatam, ad concordiam vocabo. Caſus huius legis ſequens eſto: Sempronio defuncto Caius heres hereditatem adquirit. Quo facto Stichus heredem adit, legatumque mille thalerorum, ſibi a defuncto relictum adſerens, efflagitat. Heres, teſtamento nondum reperto, nihil malitiae ſuſpicans, in petentis religionem dubiam hanc cauſſam collocat. Iuramentum ipſi defert. Acceptat ille aſtutus auceps, ſibique legatum mille thalerorum conſtitutum iurat. Soluit legatum heres. Ex interuallo quodam temporis teſtamentum here-

heredi in manus venit, Stichoque ne obulum quidem ex hoc testamento deberi cognoscit. In quaestionem ergo incidit, num heredi, periurio eundem hoc testamento detecto, repetitio eius quod datum concedi debeat. IVSTINIANVS condictionem indebiti his heredi tribuit verbis: *nobis itaque me.ius visum est repeti ab eo legatum vel fideicommissum nullumque ex huiusmodi periurio lucrum ei accedere, sed si verum fuerit inuentum, quartae detentionem introduci, si tamen locum habeat, ne cui ex delicto immunium sibi lucrum adferre: nostris legibus concedamus.*

§. XI.

Hanc legem meae sententiae fautricem enervare omni elaborarunt contentione. Haud quoque difficilis videbatur labor, quum singularis huius casus species hanc decidendi rationem reddat. Ita enim VOETIVS o) scribit: *Si enim non inspectis tabulis quis sibi quid legatum esse iurauerit, iis vero deinceps inspectis nihil relictum inueniatur, nihil quoque iurans ex suo periurio, vtut bona fide interposito, consequitur, maiorque supremae defunctorum voluntatis, quam iurisiurandi ratio est; idque rur.us exemplo transactionis, quam, non inspectis testamenti tabulis, inutilem esse supra relictis in testamento, supra dictum.* Equidem VOETII auctoritatem alias magni facio; sed hanc tamen expositionem legis de erroribus suspectam censeo. Primo enim in hoc animaduertendum erit, quod legem de iuramento bona fide praestito disponere confirmet. Legis verba, quum iurantem de delicto condemnent, aliud Iureconsulto persuadent. Bona enim fides delicti nomi-

 ne

o) ad Pand. Tit. de iureiur. §. 26.

ne in legibus numquam venit. Periurii quoque ea est conditio, vt dolum malum requirat, sine quo ne fingi quidem potest periurium, significatione iuris considerata. Dumque praeter ea haec lex *impium lucrum* euertendum caussam dispositionis tradat, bonae fidei consideratio ad hanc legem nihil pertinebit. Iniquum potius ducimus, impietatis quem accusare, quem bona fides defendit. Vlterius de hoc merito ambigitur, num veteres Romani sanctius habuerint mortuorum vltimas voluntates, sacramenti religione. Etsi enim facilius concesserim, tantopere Romanos iuramenta non coluisse, vti nostris temporibus, supremarum tamen dispositionum vim iuramentis antepositam fuisse, non crediderim. Vltima vero VOETII verba caussam sanctionis peculiarem exponentia, speciem omnino habent, meque fere in dubitationem adduxerunt. Supra enim ipse ad transactionis indolem iuramenta retuli, illas vero de relictis in testamento, nondum cognitis tabulis, haud valere, ex legibus patet in omnibus compendiis obuiis. Vlterior vero me meditatio ad constantiam reducem fecit. Abundans esset plane haec lex, nisi alia ratio legis conditorem adpulerit. Satis enim constat, *iuramentum confirmatorium*, vt vocatur, Romano iure *pro accessorio actu haberi*, adeoque eius vinculum ab efficacia principalis obligationis pendere. Eadem corruente, aut legibus infirmata, & iuramenti vigorem extingui, consequitur. Quod quum latius pateat, sane nec iuramentum transactioni de relictis testamento, ante apertas tabulas, initae, omni iure inualidae, conciliabit firmitatem. Superflua igitur haec esset cura, caussam omni dubitatione vacuam, legi-

legibusque multoties definitam, noua ornare lege. Actum autem agere voluisse IVSTINIANVM vix intelligo, quum verba legis: *nobis melius visum est*, voluntatem magis significent, quod noua lege fines iuramentorum terminare, atque illas forsan veterum ICtorum opiniones de valore iuramentorum, ad iniquitatem vsque delapsas, emendare intenderit.

§. XII.

Confirmat meditationem caussa impellens legi subiecta: *ne cui ex delicto impium sibi lucrum adferre, nostris legibus concedatur p).* Huic si interpretationum regulas adcommodamus, extensionem laxiori legis ratione subfultam commendantes, ita statuendum erit: *non in hoc saltem expresso casu, sed in omni exemplo iuramentum dolo praestitum vim suam perdere.* Ego his positis, legis mentem ita accipio: si ex instrumentis, aliisque ei aequatis probationibus, euidens periurium in promtu probetur, iudex officii ratione ductus circumspiciat, ne ex tam improbo delicto impium in victorem conferatur lucrum. Atque ideo, si quid ex iureiurando iudicatoque solutum sit, indebiti condictionem nihil impediat. Si quid promissum saltem, nondum vero praestitum sit. reo, ex hoc improbo iuramento, conuento, doli exceptione consulatur q). Si tandem perperam iurans absolutus fuerit, caussa ex integro agatur, quasi nihil gestum huc vsque sit. r)

M 5 §. XIII.

p) iunge *L. 2. C. de indict. viduit.* vbi *impium dicitur periurium* it. *L. pen. C. de dignitat.* STRYCKIVS *vs. mod. ad L. Corn. de fals.* §. 8. in f.

q) Cui enim leges soluti repetitionem largiuntur, eo multo magis exceptionem dabunt.

r) ANTON. FABER ad Cod. L. 4. Tit. 1. def. 2.

§ XIII.

E vestigio obstare autem nobis videtur *L. 1. C. de reb. cred. & iurei.* eademque ductus BRVNNEMANNVS, cum magno aliorum numero, *L. fin.* ad vltimarum voluntatum fauorem saltem restringendam ratus est. Vexat quidem haec caussam meam, duplex tamen adhuc reliqua est via difficultates euitandi, quarum *altera* leg. abrogatam monstrat, *altera* ad concordiae tentamen ducit. Illam parauit meditatio Ill. DE LEYSER, *s)* qua legem aeque primam atque omnes alias, magno agmine nobis oppositas, *L. vlt. C. de reb. cred.* eneruari, eruditissime, vt solet, exponit. Et, si verum est, leges, tempore compositionis spectato posteriores, prioribus aduersis iure anteponi, dubitatione omni vacabit. Tulit enim alteram ANTONINVS, alteram IVSTINIANVS. Possem eo quidem solo defendendi modo ab impetu dissentientium me vindicare. Intendam tamen vires quoad lubricam viam, difficilemque aditum ad conciliationem; planiorem reddere queam. Eo nomine ipsa verba adiiciam legis: *caussa iureiurando, ex consensu vtriusque partis, vel aduersario inferente delato & praestito, vel remisso, decisa nec periurii praetextu retractari potest, nisi specialiter hoc lege excipiatur.* Vide quantopere casus legis diuersus sit a facti specie legis vltimae. De iuramento enim dolo praestito, plane non disquirit, quod ex sequentibus patebit. Caussae iuramento decisae meminit lex, sed dolo interueniente nihil omnino decisum dici iure potest. Reddit dolus huiusmodi

s) Meditat ad Pand. spec. 567. medit. 14. iung. spec. 145. medit. 1.

di negotium, bonae fidei proprium, ipſo iure nullum. Igitur ſi de litis quadam finitione hic cogitaremus, fictio eſſet inanisque locutio. Quam meditationem alit quoque verbum *retractari* in lege obuium. Quamuis enim non ignorem, verba: *retractare*, *reuocare*, *retrahere* in iure ſaepe negotiis adcommodari lege irritis, haec tamen ſignificatio, quum propria vocum non ſit, minime praeſumitur, ſiquidem naturae repugnat, non ens *retractare*, *reuocare*, *retrahere* velle. Et eſt contradictorium. Eam, niſi nimis mihi adſentior, commodam verborum explanationem obſeruantes, totus legis intellectus hic erit in *legis vltimae* concordiam vocatus: ſi iuramento ab altero praeſtito, euidenti modo iurans doli arguatur, non periurii praetextu retractanda erit cauſſa, quod facta impoſſibile patet; ſed tamen perinde iurantem condemnari par erit, ac ſi non iuraſſet, ne improbi delicti praemium, legibus tam deteſtabile, ſentiat. *t)* Accipite aequitatis antiſtites hoc meum leges conciliandi conſilium. Quodſi vero errorum ſectatoribus nimis ſubtile videbitur, cogitent, laborandum eſſe ICto, ne vel frequentibus legum diſſenſionibus ius noſtrum obfuſcetur, vel iniquitatis ſuſpicionem incidat, & hoc vtroque modo ad legum ſcien-

t) Eadem opinor inuitaſſe argumenta ad noſtram ſententiam ANTONIVM FABRVM ad Cod. L. 4. T. 1. def. 24. quem licet vellicent plerique, aequi conciliatoris gloria hac in parte ipſi debetur. IO. VOETIVS ad Pand. Tit. de iureiur. §. 25. mihi pariter ſocius eſt, qui leges aduerſas de iis accipiendas docet, qui initio bona fide iurauerant, deinde autem, contrarios probato, fraude non carebant, retinentes ea, quae ſecundum iusiurandum ipſis ſoluta erant.

ſcientiam aduolaturis ſtomachum moueamus. Haud vanus enim timor iam inuaſit iurisprudentes, ne freque tes antinomiarum inconſulti magiſtri vmbram tantum ſcripti iuris nobis relinquant.

§. XIV.

Reliquae leges nobis aduerſae, parum habent pond ris. Vrgent *L. 5. §. 2. ff. de iureiur. dato iureiurando non aliud quaeritur, quam, an iuratum ſit, remiſſa quaeſtione, an debeatur, quaſi ſatis probatum ſit iureiurando.* Concedo. Quid vero officiat, me fugit. Iudex certe in ſententia factum tantum ſpectat, non iudicabit de dolo nondum aperto. Sed malitia probata, firmam manere ſententiam non conſequitur. Nulla erit, falſa ex probatione lata. Minus adhuc obſtant verba: *quaſi ſatis probatum ſit.* Cur enim vere probatum non dicitur? Nulla commodior eſt ratio, quam quod praeſumtione ſaltem iuris haec probatio nitatur, cui, dolo plene & euidenter demonſtrato, nulla vis reliqua erit. Et quis quaeſo iuramentis tantum praeſtitit vigorem? praetor? de hoc aequitatis reſtauratore ſolertiſſimo praemia periuriorum deriuare ſola cogitatione iniurium eſt. Eiusdem farinae cenſeo *L. 11. §. 3. ff. eod.* Plane iisdem erroribus fucatam conſpicies offenſionem. De *L. 26. pr. ff. eod* praeſidio inani ſpe fruuntur. Speciem habent verba: *omni enim modo cuſtodiri debet iusiurandum.* Sed intelligas quaeſo *legitimo.* Alia enim cogitare turpe eſſet ICto. Et comitantibus verbis: *qui contentus eo, cum deferret, fuit,* & paullo poſt: *quia ſciens fallere videtur,* omnis exſpectatio concidat oportet. Dolo enim inductus neque *contentus* neque *ſciens* dici poteſt. *L. 28. §. vlt.* imita-

imitatur imaginatam reliquarum legum fortitudinem. Qui ergo de hoc iuris adſenſu gloriantur non in veritatis ſed erroris declarationem molem mihi congesſiſſe videntur.

§. XV.

Vindicaui hoc, opinor, modo legibus aequitatem. Veritati tradidi, periuria in odio legum Romanarum ſtatores habuiſſe. Iniuſtum malitia iurantibus lucrum eripi latius probaui. Supereſt, vt de iis dicam iuramentis, quae quis errore aut quadam temeritate, absque tamen malitia, iurauit. *u)* Eſt ergo hic quaeſtio, num, errore aut temeritate demonſtrata, deciſio iuramento facta infirmetur. A negantium partibus me ſtare, facile intelligitur ex periurii definitione ſupra tradita. Dolus periurii reum efficit, error numquam. Quamuis naturales leges in eum animaduertant, qui, poſt iuramentum bona fide praeſtitum intelligens ſe erraſſe, exinde perceptum commodum retinet. Ciuiles tamen leges huius generis iuramenta non labefactant. Sed haec adſerenti forſan ipſa argumenta a conuentione deducta obſtare videbuntur, maxime quum errorem conſenſum, pactionibus neceſſarium, eliminare, pateat ex *L. 15. ff. de iurisdict.* Sed ſalua adhuc eſt res. Neque enim hoc vnicum iuramenti indolem cognoſcendi poſui principium; neque omni ex parte ſimilem conuentionibus adſerui. Multa potius cum transactionibus atque rebus iudicatis habet communia. Transactiones vero errore partium haud labefactari vel exinde patet, quod earum forma cauſſae ambigui-

u) Ill. DE LEYSER octo modos circa iuramenta peccantium explanat in medit. ad Pand. ſpec. 567. medit. 25. Coroll. 1. ex *Calouii* bibliis illuſtratis ad Deut. VI. v. 13.

guitatem expoſcat. Dubia autem cauſſa errores ſolet habere commixtos. Ex quo fit, vt, ſi errore transactiones infirmarentur, nulla fere earum ad conſtantiam perueniura eſſet. v) Apprime huc facit *l. 19. C. de transact.* ne nouiter quidem repertis inſtrumentis transactiones delibari ſanciens, quorum tamen inuentione error vnius liquido adparet. Rerum iudicatarum rigorem ſi in conſiderationem vocabis, nec cum litigantium errorem infringere leges commonſtrant. x) Quibus collectis rationibus conſtabit, errores iuramentorum obligationem minime relaxare.

§. XVI.

Patet iam iuramenti doloſi vitium, quod nullitatem contrahere dixi, probaui pariter. Nondum tamen controuerſia ſepulta eſt. Incidit enim adhuc in contentionem, *quo modo periurii probatio detur.* Euidenti ratione illud eſſe docendum, omnes meas partes ſuſtinentes vno ore profitentur. De euidentia vero ipſa alii vel ſilent, cogitatione contenti, alii, operam huic labori nauantes, totam rem in errores producunt, vel minimum euidentiam difficultati, ſi non obſcuritati tradunt. Plerique inſtrumentis nouiter repertis, ſi exinde periurium manifeſtum in con-

v) Errorem tamen calculi excipias, quem ne transactio quidem tollit *L. un. C. de error. calc.* 10. VOETIVS ad Pand. tit. de transact. §. 23.

x) Sententiam quidem ex peritorum errore latam corruere, obſeruantia certum eſt. BERGERVS Oec. iur. lib. 4. tit. 22. theſ. 5. not. 4. BERLICHIVS part. 1. concl. 47. n. 30. CARPZOVIVS P. 1. conſt. elect. 16. def. 5. Sed hoc non officit, quum in hoc caſu non partium error in cauſſa ſit, ſed falſae probationes ſententiae occaſionem praebentes.

continenti adpareat, probationem omnibus absolutam numeris credunt. *y)* Sed difficilis mihi ad intelligenda haec aenigmata, fuit aditus, & quoad videtur, non vno modo declinant a veritate. Ac primo quidem ea saltem admittere mihi videntur documenta, quae post praestitum demum iuramentum reperiuntur, quorum deferens aut referens eo tempore non habuit notitiam. Eoque nomine de periurio agentem alio iuramento onerant quo hanc scientiam declinet. *z).* In quo adsensum non praebeo. Quod si enim eo iam tempore, quo iuramentum detulit, documenta in promtu habuerit, si testes quoque sciuerit, quorum testimonio vti possit, nihil tamen eum impedire existimo, quo minus iuramento iurato periurii probatio suscipiatur. Satis duco, haec documenta iurantem de dolo conuincere. Hoc enim vnice a probatione est exspectandum atque efflagitandum.

§. XVII.

Leuiter me tenent, quae in contrarium excogitata inueni. Audiamus e reliquis ANTONIVM FABRVM *a)* ita scribentem: *sed hoc tamen ita accipientem est, nisi is, qui iusiurandum detulit, dixerit, habere quidem se alias probationes, sed tamen iusiurandum deferre malle, vt periculum faciat conscientiae aduersarii. Hoc enim casu imputare sibi debet, qui mala*

y) ANTONIVS FABER ad Cod. L. 4. Tit. 1. def. 2. CARPZOVIVS P. 1. const. El. 15. def. 3. n. 5. WERNHERVS sel. obs. for. P. 1. obs. 342. n. 2. 3.

z) ita sentiunt FABER all. il. def. 29. BERGERVS Elect. disc. for. Tit. 31. §. un. reliquique omnes fere eo collimant.

a) al. loco.

la mente iusiurandum deferre maluit, vt aduersarius periurium incurret, quam per alias probationes & suae liti & aduersarii saluti consulere. b) Rarius hic est casus, neque frequentes sunt stulti, qui, alterius conscientiae insidias structuri, hoc palam fieri curant. Sit tamen, quem tam imprudenter suo consilio consuluisse, nondum perditam victoriam de periurio arbitror. Quoad ipse coniecturis adsequor, ne malae mentis vestigium quidem haec iuramenti delatio monstrat. Qui probae fidei alterius, quem bonum virum sperat, documenta experiri cupit, num peccat? Nihil minus. Neque mala se offert mens. Virtuti potius erit illi, qui, quum experientia edoctus sit, documenta variis circumscribi astutiis, testes haud raro a veritate subduci, in religionem alterius contulit caussae decisionem. Eoque est detestabilior peierantis perfidia, exspectationem frustrans. Nec sua culpa damnum sentit. Quid enim alterum bonum virum iudicat, a culpa vacuus erit. Quasi leges peccarent boni viri praesumtionem inducentes. Et si verum est, fatuitatem nulla in legibus ornatam esse praesumtione, (esset enim egregium decus) vix meditatio mentem occupabit, aliquem idcirca meliores retinuisse probationes, quo eo infelicius caussa cadat. Alii castra FABRI relinquunt, atque nullo habito discrimine, documenta, tempore delati aut relati iuramenti cognita, in hac periurii probatione respuunt. Sed hi ipsi, quod venia dixerim, magis adhuc FABRO a veritatis via aberrant.

§. XVIII.

b) Addit in notis vulgatam, sed male adplicatam regulam *L. 200. ff. de R. I.* Est regula, quae tamen hunc errorem non regit.

§. XVIII.

Videbitur autem quibusdam ipsa *L. vlt. C. de reb. cred.* multoties a me laudatione celebrata, nunc e vestigio aduersa: quum ibi de *testamento post iusiurandi praestationem inuento* disponatur. Nihil vero hos impetus timeo. Supra iam fusius dixi, casum in specie expressum non simplici cogitatione sed exempli caussa positum esse. Impium enim lucrum ex iuramento perceptum, quod sequentia legis verba caussam impellentem sistunt, exponit legislatoris mentem, de increpando iuramento a dolo caussam habente. Quam ob rem nihil referet, siue ab initio testamentum fuerit cognitum nec ne.

§. XIX.

Alter est in hac probatione error, quod putent, sufficere instrumentum, nullo patente vitio, si exinde adpareat ad iurantem non pertinere illud quod iuramento sibi deberi confirmauit, atque accepit. Ego certe his documentis tantum haud largior effectum, nisi simul euincatur, eum, qui iurauit, eodem tempore cognitum habuisse, sibi nihil deberi. Supra enim docui, periurium, propria significatione acceptum, sine dolo haud committi. Vacillat ergo probatio ex qua malitia non adparet. Ideoque *si in iurandi momento bona fides adfuerit; haec instrumentorum productio iuramenti vim non minuit.* Quod iure enim impium lucrum appellitaremus, quod quis, ab initio bona fide, legitimoque sibi comparauit modo. Mala fides certe absolutum negotium irritum minime reddit. Argumento est per praescriptionem facta adquisitio rei alterius. Pone enim quem legitimo tempore, integra fide, rem alterius vsu cepisse.

N Post

Poſt impletum tempus certo competit, nihil ad ſe pertinuiſſe. An vſucapio in caſſum redibit? Num improbum lucrum dixeris? Minime. Quietam ei poſſeſſionem leges pollicentur. Quidni ergo, hac decidendi ratione noſtro caſui compoſita, religionem huic iuramento haberemus, quod nulla corrupit malitia. Num vero per teſtes periurii probatio peragatur, anceps eſt controuerſia. Plerique negant. *c)* Adfirmant alii, quorum menti meam conformo. Latius vero de hac quaeſtione non dicam, quum eam omni curatione diſcuſſerit Ill. DE LEYSER. *d)* Illud tantum addo, mutilatam futuram hanc eſſe probationem, niſi de dolo exinde conuictio redundet.

§. XX.

Tantas difficultates adfert periurii probatio. Ego quod ſentio regula hac exponam: *quocumque modo ordinario dolus plene probatur, eo periurii quoque euidentia adparebit.* Ex qua conſtat, me exſtirpare ſubſidiarium, quod iuramenti delatione ſuſcipitur, probandi genus. Eſſet enim circulus, ſi ipſius de periuro ſuſpecti religioni hoc iterum commit-

c) Ex numero eorum ANT. FABER ad Cod. L. 4. T. I. def. 24. hac ratione vtitur: *quia iusiurandi autoritas non patitur, vt probatio periurii teſtium fidei committatur.* Quod erat demonſtrandum. Neque enim fidem adſerto conciliat adductum argumentum ex *L. 3. in f. C. ſi min. ſe mai. dix.* Plane alienus eſt caſus. Loquitur lex de minore, qui, quum iuramento ſe maiorem dixerit, contra proprium dolum beneficium reſtitutionis in integrum efflagitat. Quae diſpoſitio nihil huc pertinet.

d) Medit. ad Pand. Spec. 145. Med. 2. Congeſtas ibi reperies *Wiſſenbachii* rationes, quibus proprias ornationes addidit.

mitteremus *e)*. Nihilque certius exſpectare poſſemus, quam eum, qui in hac cauſſa a religione auocauit mentem, lubentiſſime iſtam ſe a malitia purgandi occaſionem callidis ſuis machinationibus adcommodaturum eſſe. Atque iniquitatis impietatisque multum ineſſet huic ad delinquendum inuitationi. Accedit & illud, quod reus in praeſenti caſu iuramentum ne acceptare quidem & praeſtare legibus conſtringatur. Tutus nempe eſt iuramento ante iam in cauſſa iurato. Ex eoque optima in legibus praeſumtio defluit, qua munitus vlteriori probandi onere eum grauare haud licet. Acceptationem vero & praeſtationem iurisiurandi, magis reſpectu iurantis, quam eius cui iuratur, probandi rationem habere, liquet. Adieci porro in regula verba: *plene probatur;* eo ſcilicet fine, vt neque ſuppletorio neque purgatorio locum relinqui demonſtrem. Quod prius ſpectat, victum me cuiuis tradam probanti, ſuppletorium praeſtanti ſanctiorem fuiſſe religionem, altero. Sane omnes qui de hac fidei in cordibus reconditae controuerſia iudicium ferre ſibi ſumunt, exeeptio incompetentis iudicis, ab vlteriori perſerutatione in foro noſtro reuocabit. A purgatorio vero ex iisdem in hoc §pho ſupra poſitis rationibus abstinendum puto.

§. XXI.

Quemadmodum noſtri argumenti defenſiones ex Ciuili Iure ducerentur, ſatis explicatum arbitror. Sequitur vt ex *Iure Canonico* principia repetam. Breuius tamen haec perſequar, quum tantis non inuoluta ſint ambiguitatibus. Grauiter animaduertunt

 Ca-

e) idem all. l. med. 4.

Canones in perfidos iurisiurandi violatores *f)*. Maxime vero hic disquirendum est, quoad iuramenta dolo praestita, siue periuria, irrita reddantur. Iniustitiam vellicat *Cap. 18. X. de iureiur.* verbis: *Quoniam quum iuramentum fecisti, monetam aut falsam aut legitimam credebas. Si falsam iuramentum fuisset illicitum, & nullatenus obseruandum, & pro eo esset tibi poenitentia iniungenda: cum iuramentum non vt esset iniquitatis vinculum, fuerit institutum. Si vero legitimam esse credebas, iuramentum licitum fuit, & vsque quaque seruandum.* Clarius constant haec verba, neque interpretatione egent. Nihil obstat tritum obseruantia *Cap. 28. X. de iureiur.* Multum quidem vigoris iuramentis praestat, cui vtinam temperet obseruantia; contra me tamen non facit. Rata tantum habet iuramenta sine vi aut dolo praestita, inque alterius detrimentum non tendentia. Hic vero in periurio vtrumque cernitur vitium. Quo detecto, iuramentum omnem perdit vim.

§. XXII.

Leges quoque *Imperii* seuerissimam peierantibus adnunciant poenam. Celebratissimus est *Art. CVII. Constitutionis Carolinae.* Iniquos inter interpretes maxime reprehensionem meretur BERNHARDVS ZIERITZIVS *g)* qui, imperatorem auctoritate

f) Publicis poenis adfecisse periuros constat. Infamia notat *C. 17. Cauf. VI. qu. 1.* Ad testimonium atque accusationem non admittuntur. *C. 9. Cauf. III. Qu. 6.* Banno excommunicationis plectuntur. *C. 17. Cauf. 22. Qu. 1*

g) In Not. & Obseru. Nomico-polit. ad Const. Crim. Cap. 107.

tate *L. 41. C. de transact.* ductum arbitrans, colligit, totam Sanctionem Carolinam pactorum vel transactionum iuramento confirmatarum fidem rumpentes respicere. Quod ne coniectura quidem capi potest. Loquitur enim Constitutio de iuramento, vt vocant, *auisato*, siue solenni in iudicio praestito, quo commodum sibi hoc impio iurandi consilio comparauit. Igitur haec explicatio commenti magis meretur nomen quam commentationis. Sed & aliis opinionibus rapimur in errores. Est ille fere communis, quod dictam Constitutionem ad periurii casus expressos tantum adplicent, in reliquis vero illibatam seruent caussam iuramentorum fidei relictam. Periurii vero probationem nihil contra facere confirmant. Huius ab antiquitate repetiti erroris me nec consortem faciam nec propagatorem. Est a me in principio satis dictum, quantopere leges ciuiles indignentur de iuramentis non fidei sed dolo datis. Flocci faciunt omnemque vim eneruant. Igitur non eum fingamus sensum, quod constitutio reliqua iuramenta dolosa rata habeat, a mente conditoris alienum. Sed dicendum potius est, cetera, ibi non desinita, ex Ciuili Iure infirmari, quum illud correctum Imperii lege non reperiamus. Non vero a me dicta ad singularem poenam amputationis digitorum pertinere credas. Est enim haec ciuilibus legibus incognita poena periurii. Quo nomine illam ad alios casus propagandam non esse, lubentissime largior.

 §. XXIII.

§. XXIII.

Postremo nunc loco *domestica Saxoniae Iura* in considerationem veniunt. Quae ad criminalem poenam periuro infligendam spectant, altius non repetam. Illud tantum peruestigabo, num defensioni obstet *Const. Elect. XV. Part. I.* Iactitabunt haud pauci dissentientium victoriam, verbaque captantes totum differendi argumentum in Saxonia vsu orbare intendent. At, quamuis non inanem laborem crediderim, si ad peregrinos tantum vtilitas esset redundatura; spem tamen vincendi aliquantum labefactatam atque conuulsam reddere adnitar. Nostrae Saxoniae Rectores, quanta prouidentia litigantium perfidiam temperarint atque iniquitatem, loquuntur leges. Credendum haud est, hac constitutione libidini peierantium laxata esse frena, quos omni potius asperitate poenae auocandos curauerunt. Vnde ergo alii mihi aduersi arma colligunt ad impugnandum, inde me ad defendendum parabo. Constitutionis haec sunt verba: Wann der Beklagte den deferirten Eyd geschworen, so soll stracks Innhalts der Acten, was darauf recht ist, erkannt, und da sich gleich Kläger erbiethen würde zu beweisen, daß der Beklagte unrecht geschworen, soll er doch damit nicht zugelassen werden. Quum ratio legis latius pateat verbis, certum efficitur, non in hoc tantum casu, si actor de actionis fundamento, sed & si reus actori super exceptiones detulerit iuramentum, quod praestitum, intelligi debere. Mens autem legis est, quod, caussa iuramento decisa, sententiaque lata, ad ciuilem probationem periurii, deferenti aditus non sit relinquendus, neque ea consideratione executio sen-

ſententiae impediri debeat. In qua diſpoſitione omnes aequitatis numeros abſolutos cerno. Quum enim magnopere interſit litibus terminum ſtatui, ne in infinitum protrahantur, hoc quoque remedium, procraſtinationi, & non raro malitiae egregie deſeruiturum, tollendum erat. Non mireris vero, quod hanc diſpoſitionem laudibus efferam, qui ſupra, in Ciuili iure verſans, probationem aequitati aptiſſimam duxi. Vtrumque ſine contradictione integrum ſtabit, Diſcriminis tantum temporis iuriumque habeas rationem. Iure Romano omnino par erat, deferentem ad probationem periurii admittere, quum haec delicta publicae inquiſitioni iudicis relicta haud fuerint, adeoque aliud remedium veritatem iuramenti inueſtigandi non ſupererat. Alia omnis eſt domeſtici Iuris ratio. Illud enim non iudicis ſaltem officio iniunxit tantorum criminum inquiſitionem, ſed denunciationibus quoque locum fecit. Quo nomine nihil iniquitatis continet, quod deferentes cauſſae iuramento deciſae executionem ordinariis probandi periurium remediis interuertere prohibeantur. Nihil vero impedit, quo minus delictum periurii iudici denunciare, eique de eo fidem facere queant. Quodſi fecerint, reusque, altiori habita perueſtigatione, de periurio conuincatur, nihil iuſtius aequabiliusque erit, quam vt condictionem indebiti illi, qui hoc improbo iuramento iacturam rei ſuae aut iuris ſenſit, concedamus, aut reſtitutione in integrum hunc infelicem, alterius perfidia, leuemus. Imo ad ſententiam ferentis officium ſpectabit, vt, reum periurii cauſſa condemnans, reſtitutionem dictitet. Atque ita mentem adſequor eorum, qui con-

contra iuramentum probationem admittunt, si euidens probatio periurii detur *b)*. Quod si alia ipsorum mens fuerit, manifesta contra laudatam facerent constitutionem. Tanti vero erroris nollem eos reos efficere. Errant tamen in eo potissimum, quod documentis nouiter repertis saltem hanc vim tribuant. Controuersiae huius limites positurus ita sentio: *quo modo aliis in delictis reus de dolo conuincitur, eodem & in periurio vtendum.* Veritatisque euidentia detecta & leges & iusti ratio efflagitant, restitui, quod lucratum ex eo est.

§. XXIV.

Actum ergo est de iuramentis a partibus litigantibus delatis, dolo praestitis, adnullandis. Quantumque pro viribus potui, controuersiam veritati, legibus, & aequitati restitui. De reliquis vero iuramentis, quae ab officio iudicis pendent, excitatas dissensiones non adtingam. Hoc enim concordiae tentamen, quod variis iam dissertationibus argumentum praebuit, aliis relinquo.

b) Reliquos inter contendunt, CARPZOVIVS P. I. Const. El. 15. def. 3. n. 5. & WERNNHERVS Sel. Obs. For. P. 1. Obs. 342. n. 2. 3.

VII.

VII.

DISSERTATIO

DE

STATVTIS

CIVITATVM PROVINCIALIVM

IN

SVCCESSIONE AB INTESTATO

AD BONA ETIAM ALIBI SITA

SECVNDVM IVS CIVILE

EXTENDENDIS.

§. I.

Quo maiores excipere ſolet res publica offenſiones ex iurium exterorum aduocatione, eo fert vberiores laetioresque ex domeſticis ſanctionibus fructus. Romani, Graiorum leges arceſſituri, quantam & gloriae & tranquillitatis ceperint exſpectationem fabula docet. Quanta vero & tempeſtate ex hoc turgido conſilio iactata fuerit publica quies, triſte eſt memoratu. Ineptum dicerem conſilium, niſi iſtorum temporum perturbationes, patritiis & plebe in legum ferendarum cauſſa vsque diſſentientibus, excuſationem darent. Variant regnorum prouinciarumque mores, eoque difficilior eſt aditus ad extera adplicanda iura. Socios non ipſos ferendorum periculorum haberent Romani, ſi obſcuritate Romanarum legum regeretur Germania, neque propriis ſanctionibus ſapientiſſimi legum conditores medelam adtuliſſent. Quanto enim impetu hanc ipſam in Germaniam penetrauerit Ius Romanum docent antiqua inſtauratarum Academiarum tempora. Vaſta anteceſſorum corpora, gloſſis tumeſcentia, adumbrabant Germaniam, exitiumque denſiſſimae ſcientiae vomitu patriis minitabantur iuribus. Et ex his quidem temporibus in dies incrementa cepit Ius Romanum, tantaque, vt fere obfuſcata germanica viderentur ſcita. Laudandusne ſit hic ſeculi liuor an vituperandus non dicam. Ego certe vt tantis laudibus leges Romanas celebrem animo perſuadere nondum poſſum. Obuerſantur animo quotidie in perſcrutandis fontibus obſcura abſconditaque. Stomachum mouent quisquiliae. Quae omnia ſi alie-

naue-

naueris, corpusculum erit, quod nunc ſpiſſum circumfertur Corpus Iuris. Mirandum eo nomine, quod tam multi ſint qui, inanem iactitantes gloriam, in abſtruſis rebus Romanis tam ſtudioſe & multum volutent, ingenium dilacerent, vitamque conſumant. Mediocriter ſane reipublicae vtilitatibus in hoc genere eruditis conſulitur. Producas in forum antiquitatum plenos viros. Nec conſiliis capiundis, nec definiendis cauſſis in iudicio agitatis otioſus hic, infinitus tamen, labor ſufficiet. Abſit vero quis credat, me omnem, qua ornantur, laudem his antiquitatum heroibus detrahere conari. Delibandam tantum cenſeo temperandumque feruori, ne impetu quodam inani ad antiqua, obſoleta, ſteriliaque ferantur. Quo enim breuius nobis vitae curriculum natura circumſcripſit, eſt eo elaborandum magis ne inutilibus operam dantes vitam perdamus.

§. II.

Quamquam itaque aliquid operae collocandum ſit in hauriendis iuris Romani fontibus, princeps tamen patriis iuribus debetur cura. Quae & Prouinciis & Vrbibus propria cognita habere decet. Nec enim Romanarum legum in Germania receptio tantum ſortitur effectum vt domeſticarum vis euaneſcat, dominorumque territorii leges ferendi poteſtas eneruetur. *a*) Superſtes potius eſt integra. Antecellunt quas

a) Grauiter impingit ARTHVRVS DVK *de Vſu & Autor. Juris Lib. II. c. II. Tanta eſt*, inquiens: *Iuris ciuilis Romani in Germania autoritas, vt licet in aliis omnibus regnis dominiisque conceſſa fuerit Iure Romano poteſtas condendi ſtatuta Iuri ciuili derogantia, vt omnes Iuris Romani interpretes aſſerunt: Principes tamen & ciuitates Germaniae non poſſunt ſtatuere, vt*

quas patria dedit sanctiones, in subsidium tantum communi Iure vocato. Cernitur hoc ipsum ex ordine quo in decidendis caussis controuersis vtimur. Excitata enim lite prima nos meditatio fert *ad peruestiganda pacta*, quae legem negotio constituunt, quoad a iure publico non discedunt. Alterum est, *vt*, his nihil definientibus, *statutorum eius loci*, qui in negotio vel lite maxime venit spectandus, *ducamus rationem.* Neque sufficit in verbis figere mentem, sed etiam quid fonte, ratione nempe, hauriri possit, cognoscere par est. Excipit de legibus cuiuis prouinciae propriis cogitatio. In quibus omnibus si frustra litis decidendae fundamenta quaesiueris, ad *leges in Imperio constitutas* aditus patet. Tandem vero *ius Ciuile Romanum* in considerationem venit. Caueas tamen leges, antiquam regiminis formam redolentes, ab hodierna prorsus alienam, inconsulto adcommodes. Ordinem hunc in componendis litibus si quis ante oculos posuerit, facile erit intellectu quantum virtutis insit *Statutis Ciuitatum*, quantumque eorum adquisita scientia habeat commendationis. Est haec fere communis commendatio. In eo tamen vitium permultos commisisse mihi intellexisse videor, quod arctioribus, quam par est, statuta limitibus circumscripserint. Patrio ergo ductus amore, quum haec

vt bona naufragorum caderent in commissum. Verum quidem est, quod bona tempestatae maritima iactata fisco vindicari nequeant, neque leges id tribuentes valeant: Sed haec inconsulto ponitur ratio. Caesarei iuris prohibitio hanc non infringet principis territorii potestatem. Potior ratio est, quod Iuris Naturae praeceptis huius generis lex refragaretur, quod hominis dispositioni non indulgetur.

haec quoque mea Budiſſenſis patria ciuitas propriis regatur ſtatutis, in id vires tendam, vt, relaxatis limitibus demonſtrem quoad ea extra territorium ſ. Weichbildum, praeprimis in materia ſucceſſionis ab inteſtato, radices porrigant.

§. III.

Statutum ciuitatis prouincialis eſt *ius ciuitati proprium, quod ipſa ſibi in vtilitatem ciuitatis legitime conſtituit. b)* Quod vt ſuis abſoluatur numeris, & *ius* & *modus condendi* obſeruabitur. Et ciuitates quidem hac poteſtate gaudere communis obuerſatur ſententia, neque tamen ab omni dubitatione vacua. Disceptatur copioſe vnde ius ſtatuendi & efficacia ſtatutorum originem trahat. Quod a iurisdictione ducitur argumentum tralatitium magis eſt quam verum. *c)* Amplum intercedit ius dicentis officium & ſta-

b) A *ſtatuendo* dici *ſtatutum* ratio ſuadet. Et inde eſt, quod hoc nomen in ipſis legibus quandoque latius pateat, & Principium Conſtitutionibus quoque applicetur. *L. vn C. nemini lic. ſign. ſalu.* Ridiculum tamen omnino eſt, inde deriuare nomen, *quaſi ſtatum publicum tueatur.* Pleraque enim ſtatuta conditionem priuatorum reſpicere quis neſcit? vid. PAVL. VOET. *de Statut. eorumque concurſu Sect. IV. c. 1. n. 1.*

c) Communis fere eſt haec ſententia vid. COLER. *de Proc. Exec. P. I. c. 3. n. 12.* KNIPSCHILD *de Iure Ciu. Imp. Lib. II. c. 6. n. 98. & c. 10. n. 19.* MEVIVS *ad Ius Lubec. quaeſt. 2. n. 64.* Vide tamen ERNEST. COTHMANNVM *Vol. 3. R. 47. n. 76. ſeqq.* inter ſimplicem & ſtatutariam iurisdictionem diſtinguentem. Quae naturae iurisdictionis refragans diuiſio conſtare non poterit. Iurisdictionis vero haud eſſe ſtatuta condendi poteſtatem cum FICHARDO *conſ. 2. Vol. 1. n. 2.* comprobat LYNCKER *in tract. de ſtatut. ciuit. prouinc. §. 6.* & PAVL. VOET. *alleg. tract. Sect. VI. c. I. §. 2.*

ſtatuendi poteſtatem diſcrimen. Ius redditurus legibus latis ſe conformare debet, noui quid conſtituere iurisdictionis cancelli prohibent. Quin etiam opificum aliarumque vniuerſitatum ſtatuta facile demonſtrant errorem fere communem, quibus certe ne vmbram quidem iurisdictionis relictam eſſe auſim adſerere. *d)* Neque magis confirmant opinionem, qui, ciuitates mediatas Romanorum municipiis comparantes, ex Ciuili Iure defenſionem parant. His enim Romani propriis legibus viuere conceſſerant, quod libertatis genus ad noſtras, ad leges ſuperioris adligatas non adtinet vrbes. Igitur totum hoc ſtatuendi ius a leges ferendi poteſtate ducitur. Quam quum ſolus ſui territorii princeps ſibi vindicet, nihil iuris ciuitatibus competit niſi quod ſuperioris gratia in ipſas collocauit.

§. IV.

Intelligendum autem eſt maxime, num *ab initio* ciuitas a principe priuilegium ſtatuta reddendi acceperit. Quo in caſu *de confirmationis neceſſitate multum dubitatur*. Et ego quidem eam neceſſariam haud duco. Dum vero non nihil metuatur quin iure ſuo abutantur & ciuitates & collegia, quo in genere opificum ſtatuta ſaepe ſuſpecta patent, reipublicae omnino intereſt noua quae conduntur principi probanda exhiberi. Si vero hac poteſtate ciuitates *initio non* or-

d) Videntur quidem in collegiis ſtatuentibus veſtigia quaedam iurisdictionis reperiri, dum refragantium contumaciam remediis compeſcere non nihil ipſis ſit tribuendum. Red ſatisfactum eſt ſcrupulo ab Illuſtr. A LEYSER *in medit. ad Pand. IX. ſpec. VIII.* vbi exemplo derer Bauermeiſter in *Spec Sax. Lib. 3. a 63.* demonſtrat, moribus Germaniae quandoque multandi tribui poteſtatem iurisdictione deſtitutis.

ornauerit principis gratia, *quidquid statutum est nullum habeo, nisi confirmatione principis corroboratum reddatur.* Hac in parte multos, immo plerosque contra me facere intelligo, qui omnibus statutis, si non legis, pactorum tamen vim adtribuunt. Sed imbecillitas probationum magis eneruat caussam quam confirmat. Quamquam enim ad administrationem bonorum ciuitatis pertinentia statuta etiam absque principis confirmatione stare inter ciues facilius concesserim, haec tamen & ipsa autoritas ex fonte taciti principis consensus hauritur, quem, administrationem demandantem, etiam mediis fini deseruientibus indulsisse praesumitur. *e)* Reliqua ad hoc genus non spectantia statuta, siue praeter siue contra Ius commune quid contineant, nullam omnino merentur obseruationem, quam confirmatio superioris haud conciliat. Nouam enim ferre leges, antiquas abrogare iuri territorii proprium est ius, ad quod ciuitates adspirare haud adnuente principe nequeunt. *f)*

§. V.

e) Neque ordinationes politicas aliaque ad caussarum decisionem facientia statuta absque principis consensu expresso LYNCKER *laud. tract.* §. 7. contra ZAHNIVM rata habet. BOEHMER. *Consultat. T. II. P. I. Resp. I. n. 4.*

f) Vox ipsa superioritatis, cuius principum in territorio propria confirmat dicta, & antiquis quoque imperii moribus sancte ea seruata legimus. Fecit huc diploma Carol. IV. quod exhibent Illustr. LVDEWIG *in reliqu. MSCt. & Diplom. T. IX. p. 698.* & GLAFEY *Anecdot. S. R. Imp. hist. & Jus Publ. illustr. p. 18. Tom. I.* Idemque corroboratur decisione Regis Romani Henrici, deuolutis ad eum Archi-Episcoporum contra ciuitates, sibi absque superioris consensu statuta condere vindicantes, querelis. Vid. eam in *Apologia* des Ertz-Stiffts Cölln wider die Stadt Cölln in Beylag. *n. 3. P. II. vbi p. 12. Friderici II. confirmatio extat.*

§. V.

Videamus autem quibus dissentientes argumentis se defendant. *Alterum est*, quod ducitur a pactorum virtute fundamentum. Quumque priuatis hoc indulgeant leges vt conuentionibus secessionem a Iure communi faciant, eiusdem iuris totas ciuitates participes reddere non dubitant. Parum commouent haec animum. Quod enim priuatis licet singulis, non apta ratione vniuersitatibus adplicabitur. Multum sane discriminis intercedit, si peculialiter quidam priuatorum in casu speciali a Iure communi conuentione recedant, quam si tota vniuersitas, plurimorum tantum suffragiis, a legis obseruatione relaxetur, cui innouandi studio leges minime fauent. Neque mediocriter superioris leges ferendi potestas quassaretur, si omnibus ciuitatibus, quas legibus se conformare decet, iis subtrahere daretur. Ex quo patet, in contrarium nobis oppositas leges *L. 15. ff. ad SCtum Maced.* & *L. 16. ff. de verb. sign.* regulam non constituere omnibus oblatis casibus sufficientem. g) Pariter inane est praesidium quod, confirmationis necessitatem negantes sibi de legibus Romanis promittunt. In quo confutando argumento plus operae non ponam. Sufficiet spero, me supra iam tradidisse discriminis rationem Romanorum municipia inter & nostras ciuitates prouinciales labefactare inde

g) Textuum enim ratione introspecta non simpliciter ciuitates priuatorum loco haberi intelliges, sed in relatione ad contractus & Maiestatem populi Romani. Quod compositis ex *L. 27. ff. de R. C. l. 1. ff. de decret. ab ordin. fac. l. 3. §. 1. ff. de pollicit.* argumentis vlterius adparebit.

inde petitam defenſionem. Quid? quod ipſae leges patrocinium agant meae ſententiae. Cernitur hoc in *L. 4. ff. de collegiis* in qua CAIVS, *ſodales*, inquit: *ſunt qui eiusdem collegii ſunt, quam Graeci* ἑταιρίαν *vocant. His autem poteſtatem facit lex pactionem, quam velint, ſibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.* Radiunt haec ſua veritate verba, & inde planum redditur ea, quibus Ius commune perturbatur ſtatuta nauci eſſe habenda. Principis vero accedente autoritate coualeſcere liquet.

§. VI.

Quae hucusque demonſtrata dedi latius euincunt quantum incrementi capiat ſtatutorum autoritas, ſie ea maieſtatis conſenſu innixa doceantur, quam pactionibus aequata totam perderent. Leges merito ſalutantur. Conſtitutionibus regiis parem ſortiuntur vim, cancellis iurisdictionum haud terminatam. Neque minus obligant quam ipſum Ius commune. *b)* Et his quidem princidiis vtar, dum ad ipſam problematis tractationem mentem adplicabo. Prolixtus vero de modo ſtatuta condendi non dicam, quum magno numero DD. in hanc demonſtrationem operam

b) Conſentit cum aliis CAST. ZIEGLER *de Jure Maj. L. 1. c. 3. ſ. 17.* Adiiciam quoque quae ipſe lectione iudicat dignat verba IO. SELDENI *de I. N. & G. iuxta discipl. Hebr. c. 8. Obligatio, qua obtemperandum eſt Decretis aut Senatus Conſultis, ex permiſſione decurionibus ſeu corporis alicuius ſociis inuicem hactenus paribus a Principe indulta latis, ex ipſius principis autoritate ac imperio pendet, qui, dum permittit pro eorum lubitu decreta legesque tum ferre tam reſcindere, aeque etiam in ipſa permiſſione vult ſic latas leges, vsque dum ex eadem ſimiliter permiſſione reſcinditur, obſeruari, id eſt obligationem inducere.*

ram collocauerint. Hoc tamen monebo, esse sollicite inquirendum, *quid potestatis principi in ciuitates aeque atque magistratus contulerit, quantumque ciuitas tribunis suis, rite constitutis dederit.* Haec peruestigatio fontes aperiet definiendi grauissimas de hoc argumento agitatas dissensiones. An solus senatus statuta reddere possit? An, conuocatis omnibus ciuibus, sufficiat per tribunos ciuitatem repraesentantes eos comparere? Quamquam enim communi consensu probentur regulae iuris principiis adplicatae, quod omnium ciuium conuocatio requiratur, praesentes esse debeant duae partes, plurium suffragiis statuta confirmentur, tandemque publicentur. Intellexi tamen quosdam senatus ciuitatum prouinciae tanto exornatos priuilegio, vt soli statuere queant. Quin etiam tribuni plebis haud raro plena informantur libertate ciuitatis nomine in proposita a senatu statuta consentiendi. Ex quo fit, vt quandoque, neglecta hac regiminis forma, in decidendo vitium committatur. Laxius autem de hoc dicere argumento positi cancelli cohibent.

§. VII.

Aliorum ex consilio si agerem, operae habiturus essem pretium prius famosissimam statutorum diuisionem in realia & personalia exponere. Aditum sibi patefecisse ad dirimendam totam hanc quaestionem controuersam visi sint. Sed est idem hic fons ex quo riui plurimorum errorum ducuntur. Charybdim euitaturi inciderunt in Scyllam, nouaque hac inuentione tantopere illaqueatam caussam reddiderunt, vt aeque initium atque exitum quaerere difficillimum sit. Titubant in definiendo mirifice. Er-

rant adplicando infeliciter. Quid? quod alii, causſae apprime consulturi, mixta addiderunt ſtatuta. i) Agreſti ſane conſilio. Mirifice miſcent, vt quid ſit nihil intelligamus. Dum itaque ad hos ſcopulos adflictam video reliquorum nauim, operam dabo ne meas ad eos adpellam rationes. Et felici quidem conſilio hac diſtinctione carebo. Quum enim ad legum conſtitutionumque indolem compoſuerim ſtatutorum rationes, non opus eſſe duco anxie de verbis laborare, num in perſonam vel rem concepta ſint ſtatuta. Materia potius de qua ſtatuitur, cum natura legum conſiderata, ad impetrandum conſilia dabit. Quo nomine omnibus interpretandis legibus deſeruientibus regulis ſtatuta quauis ex parte conformare tendam.

§. VIII.

Poſitis ergo principiis rem ipſam adgrediar. Conſtituam autem duo huius tractationis capita, quorum alterum decidendi rationes alterum dubitandi, adiecta reſolutione, tradet. Omnis controuerſia in eo verſatur. vt indagemus, *an ſtatuta ciuitatum prouincialium in materia ſucceſſionis ab inteſtato porrigantur etiam ad bona alibi ſita.* Et in adfirmantium quidem abeuntes ſententiam in duplici fundamento vertitur demonſtratio. Quorum alterum oſtendit in ſucceſſionibus res in hereditate repertas nihil conſiderari, alteram iura loci domicilii eius de cuius heredi-

i) Quam implicata ſic haec ſtatutorum diuiſio dum in aliis, dum maxime cernimus in PAVL. VOET. *laud. tract. Sect. IV. c.* 2. qui peculiarem hac de re ſuam exponit ſententiam, aeque dubitationibus haud vacantem. Vnde melius agunt, qui, ſtatutorum obiectum tradituri, dicunt verſari ea, vel circa perſonas, vel res vel denique actus.

reditate agitur, non rei ſitae, ponderari confirmat. Qui alios hanc in materiam commentantes peruoluerit, obuiam fere vbique diſtinctionem inter res mobiles & immobiles inueniet. Mobilium ſucceſſionem iuribus in loco domicilii vigentibus, immobilium vero loci rerum ſitarum conformant. Cernes immobilem fere hanc practicorum obſeruationem. Ab his diſceſſionem facturus demonſtrare enitar, *nullo rerum habito diſcrimine iura domicilii defuncti omnem ſucceſſionis regere ordinem.*

§. IX.

Viam ſternit defenſioni ipſa hereditatis definitio, *quod ſit ſucceſſio in vniuerſum ius quod defunctus habuit transmiſſibile*, *L. 24. ff. de verb. ſign. & L. 62. ff. de reg. iur* Ex quo luculenter patet, in materia ſucceſſionis principaliter ius vniuerſum, a defuncto quaeſitum incidere in quaeſtionem, res vero in hereditate repertas *acceſſorias* conſiderari. Quod & legibus & iuris analogiae conſentaneum eſt. *L. 178. ſ. 1. ff. de verb. ſign. hereditatem iuris nomen eſſe*, dictitat illudque magis confirmatur *L. 208. ff. eod.* verb. *bonorum appellatio ſicut hereditatis vniuerſitatem quamdam ac ius ſucceſſionis & non ſingulares res demonſtrat.* Cui adſtipulatur *L. 50. ff. de herid. petit.* quae ita: *hereditas etiam ſine vllo corpore iuris intellectum habet.* Quamque ſollicite ipſae leges caueant, ne bonorum mentio legibus in materia ſucceſſionis iniecta variet hereditatis ſignificationem, cernimus in *L. 3. ff. de bon. poſſeſſ.* Poterat omnino ſcrupulus obuerſari animo, numne potior ratio bonorum in hereditatibus habenda, quum nomen ipſum bonorum poſſeſſionis ſeducere videretur mentem. Sed *laudata lex* eximit

omnem dubitationem, dum ita disponitur: *bona autem hic, vt plerumque solemus dicere, accipienda sunt vniuersitatis cujusque successionem, qua succeditur in ius demortui.* Illustrabit & spero controuersiam argumentum a venditione hereditatis reperitum. Quod si enim quis heredidatem alteri vendiderit, emtor hereditatis, licet maxime ipsi traditio sit facta, heres non efficitur. Leges ipsi actiones directas ex propria non concedunt persona, sed vtiles tantum, vt manifeste probat *L. 5. C. de hered. vel act. vend.* Immo procuratoris in rem suam vicibus fungi volunt. Qua vtili adplicatione opus minime fuisset, si hereditas ex bonis dimetiretur, quibus venditionis caussa translatis iure heredis nomen sortiretur emtor, directaeque in ipsum actiones essent redundaturae. Dum vero leges heredem non adgnoscunt, nisi quem ius, vel a defuncto, vel lege translatam demonstrat, mirandum non est, quod venditor hereditatis, traditis licet emtori rebus, heres adhuc iure intelligatur.

§. X.

Latissime ergo patet quanta cautione hereditas ipsa a rebus hereditariis separari debeat. Quam contemplationem quum plerique negligant, non miror tam paucos DD. nostram caussam agere, plurimos erroribus illaqueatos contra nos facere. Apprime in eam rem scribit HVBERVS: *k)* Imperator hereditatem eodem modo discernit a rebus hereditariis, quo obligationem & vsumfructum a rebus quae debentur & fructibus, quae sunt iura circa res, siue facultates, quarum vi persecutionem rerum aut iis vtendi fruendique ius habemus. Eodem modo hereditas intelligitur

k) in *Digress. Lib. IV. c. 28. n. 2.*

gitur ius in rebus defuncti seu facultas qua vniuersae res hereditariae ad nos pertinent. Fusius hoc argumentum tradit cum elegantia in sequentibus allegati loci. In id certe conspirat nobiscum, res in hereditate non nisi accessorii instar considerari, ad eumque pertinere omnes cui ius in hereditatem competit. Accessorium vero naturam sui principalis sequi trita est Iuris regula. *C. 42. de R. I. in 6to. L. 129. ff. 1. & L. 178. ff. eod.* Ex quo intelligimus deperditam esse operam, quam, iuris hereditarii indolem peruestigaturi, rebus in hereditate existentibus nauamus, nullis vsibus deseruientem.

§. XI.

Progredior ad alterum susceptae demonstrationis caput, in quo cardo huius dissertationis versatur. In iure successionis eiusdemque ordine dirigendo ad iura domicilii, quod defunctus habuit, respici debere confirmabo. Prioris capitis expositio instruit probationem quam meditor. Quo enim certius hucusque reddidi errare qui in hereditatis iure definiendo bonorum rationem ponunt, eo facilius erit intellectu, in consortium errantium venire ordinem succedendi ex diuersitate locorum, in quibus res hereditatis sitae sunt, dimetientes. Respondent leges huic sententiae ex voto; vberrimaque se commendat vtilitatis exspectatione. Est enim hoc commune quasi varietatis vitium, vt damnorum magis quam fructum vestigia relinquat. Eamdemque tempestatem heres passurus esset, cuius hereditas, varietate iurium diffusa, copiosis exortis litibus, aduocatorum aucupiis exponeretur. Eneruaretur tandem. Et his quoque vtilitatibus leges omni studio deseruire intelligo.

Ita enim PAPINIANVS in *L. 30. §. 1. ff. de excuſſ.* ſcribit: *cum oriundus ex prouincia Romae domicilium haberet, eiusdem curator, decreto praeſidis ac praetoris conſtitutus, rerum adminiſtrationem vbique ſuscepit, placuit eum duas curationes adminiſtrare non videri, quod videlicet vnius duo patrimonia non viderentur.* Equidem fateor caſum legis longe alienum eſſe ab eo, qui in praeſenti disputatur. Ratio tamen tam patet late, vt eam vſibus meis adplicare non dubitem. Regula inde fluit: *priuatum plura patrimonia habere non poſſe.* Actum vero eſſet cum hoc iuris principio, ſi in hereditatibus diuerſorum locorum disparem iurium conditionem ad res hereditarias adcommodemus, quo facto plura priuati patrimonia adgnoſceremus: quod iuris ratio minime fert.

§. XII.

Sed & alia principia, quibus innititur, ſucceſſio, diſſentientium impetu ſauciarentur. Regula iuris eſt, *L. 7. ff. de R. I. Ius noſtrum non patitur eundem in paganis & teſtato & inteſtato deceſſiſſe.* Inuitum ius ex DD. conſilio hoc pati teneretur. Quod ſi enim, quem teſtator inſtitueret heredem, domicilii quidem iura admitterent, alia, vbi immobilia deprehenduntur bona, reſpuerent, & teſtatum & inteſtatum teſtatorem diem obiiſſe in propatulo eſt. Eoque ego minus aliis adſenſum praebeo, quum mens mea non diſſimilitudine ſenſuum DD. ſed iurium conſtantia ducatur. Inficias quidem non eo, poſſe & *ſtatuta has iuris ſubtilitates tollare, atque teſtaturis de parte teſtandi libertatem dare, ad reliquum patrimonii ſucceſſoribus ab inteſtato vocatis.* Quoad tamen haec expreſſa iuris communis commutatio non adparet, illibata

bata manebunt omnia. Iuris enim regulae nos informant vt in interpretandis singularibus iuribus caueamus, quo minus a principiis legum communium declinemus.

§. XIII.

Quae quum ita sint, sequitur vt de eo iure dicam quo in successionis materia vtimur. Comparaui iam iam, iactis in antecedentibus fundamentis, aditum ad definiendam caussam. Dum enim bonorum in hereditate eliminaui considerationem, nihil sane superesse poterit, quam vt loci domicilio defuncti destinati rationem ducamus, omnem succedendi ordinem peculiaribus ipsius iuribus conformantes. Sequor hac in re naturam quam leges heredi dederunt, quaque nihil in ipso est quod non a defuncto originem trahat. Adgnoscunt ipsae leges, heredem omne ius suum voluntati defuncti acceptum ferre, eamque expressam in vltimis voluntatibus, tacitam in successione ab intestato cernimus. Huc egregie facit *L. 8. §. 1. ff. de iur. codicill.* vbi PAVLVS, caussam redditurus ex qua, fideicommisso in codicillis absque testamento condito, heredibus ab intestato hoc iniunctum censeatur onus, ita tradit: *sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.* Ex voluntate itaque defuncti quum conferant leges succedendi potestatem, & illud praesumendum est voluisse bona sua ab intestato venire secundum statuta & consuetudines loci, in quo domicilium habuit, minime vero loci bonorum sitorum. Quod enim efficit expressa voluntas ad statutum & priuilegium patriae suae composita. *L. 9. &*

 L. 19.

L. 19. & L. vlt. C. de testam. eadem vis tacitae voluntati decedentis ab intestato relinquenda erit. arg. *L. 3. ff. de iur codicill.* Praeprimis *quum statuta domicilii sui scire extranea vero ignorare intelligatur.* *L. 14. ff. ad municipal.* Quo circa, successionis ordinem ad iura loci rei sitae componentes hoc paradoxon alere videntur, quod non ex voluntate sed ignorantia defuncti hereditatem successoribus deferant. Id vero quo modo defendi possit introspicere ingenium non sufficit, neque tamen dilacerabo scrupulosa indagatione, quum contradictio sponte se offerat, dissentientesque confundat.

§. XIV.

Alia quoque me ad constantiam ducunt iuris principia. In vulgus sane nota est iuris regula: *heredem eiusdem iuris esse & potestatis cuius fuit defunctus, L. 59. 62. & 128. ff. de R. I.* Indeque descendit famosissima iuris fictio, heredum & defunctum vnam personam constituens. Tota haec labefactata corruerét, nisi heredem, quem domicilii iura adgnoscunt, ad vniuersa bona vbicumque sita vocaremus. Si vero diuersitate iurium, vbi res hereditariae sunt, vexaretur hereditas, saepius contingeret, vt heres, secundum leges domicilii bona capiens ibi iacentia, aliis bonis alibi sitis exutus, non vniuersitatem, sed singulas quasdam res ex hereditate nancisceretur. Quam autem illud contra leges faciat liquet satis ex *L. 208. ff. de verb. sign.* verbis: *bonorum appellatio sicut hereditatis vniuersitatem quamdam ac ius successionis & non singulas res demonstrat.* Eoque conspirat *L. 23. ff. de vsurp. & vsucap. eum qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere, nam si*

sin-

ſingulas res poſſideret, ipſas aedes non poſſidebit, ſeparatis enim corporibus, ex quibus aedes conſtant, vniuerſitas aedium intelligi non poterit. Intelligo ſane impetum diſſentientes in haec propugnacula parere. Vrgebunt diſcrimen caſuum, neque quidquam a venditione aedium ad hereditatem argumento indulgebunt. Sed ſalua adhuc res eſt. Neque enim tantopere alienatum cenſeo caſum a noſtra materia. Aedes quidem aliqua conſideratione rebus ſingularibus adcenſeri, nihil ambigo. Eam vero & ad propoſitam legem pertinere meditationem reſiſto. Opponuntur ibi aedes ſingulis partibus aedium, eoque reſpectu aedes vt vniuerſitas quaedam, ſi non iuris, rerum tamen conſiderantur. Quo nomine apte ſatis lex diſponit: *ſingulas res ſi poſſideret, ipſas aedes non poſſidebit*, addit rationem aeque commodam: *ſeparatis enim corporibus, ex quibus aedes conſtant, vniuerſitas aedium intelligi non poterit.* Colligo exinde regulam, *vniuerſitas ſeparatis corporibus non intelligitur.* Qua noſtro caſui adcommodata, certiſſime conſequitur & hereditatem ſeparatis corporibus, ſcilicet rebus hereditariis, dici haud poſſe, & heredum inane nomen mentiri, niſi vniuerſorum bonorum & iurium defuncto competentium fieret particeps.

§. XV.

Nondum tamen ab erroris ſuſpicione me purgatum habebunt. Sonticum videbitur argumentum ab vniuerſitate rerum ad iuris vniuerſitatem, cuius generis eſt hereditas, ductum. Sed & his medicinam dabo. Non me fugit, quod tyrones cognitum habent, diſcrimen. Largietur vero quisque, haud raro, quae in quibusdam partibus diuerſa ſunt, in

aliis

aliis communem indolem habere. Conſtat quoque ex interpretandi principiis a maiori ad minus argumentum valere. Quo nomine ita ſtatuo: *ſi in vniuerſitate rerum*, vbi tamen maior reſpectus habetur ad res in vniuerſitate contentas, *ſeparatis corporibus vniuerſitas non intelligitur*, ſequitur, *eo magis hoc in vniuerſitate iuris*, quae plane reſpuit bonorum conſiderationem, *obtinere*. Quibus innixus principiis laudatam legem in praeſidium vocare non haeſito.

§. XVI.

Colligaui adeo legum rationes ſententiam corroborantes. Iui demonſtratum in hereditatibus bona non conſiderari. Iura domicilii defuncti ordinem in ſuccedendo dirigere, probaui. Quibus in memoriam reuocatis praeſtabit in hac tam copioſe inter DD. agitata controuerſia defendere: *in ſucceſſione ab inteſtato, eliminata de bonis meditatione, omnes quaeſtiones diſpoſitione ſtatutorum domicilii defuncti definiri, adeoque in hoc argumenti genere ſtatuta etiam in bonis alibi ſitis ſuam vim exercere. l)*

§. XVII.

Obuiam nunc eundum eſt grauiſſimis obiectionibus, quibus iuris interpretes ſeducti, diſceſſionem a nobis fecerunt. Triumphum minitari videtur *L. fin. ff. de iurisd.* vbi PAVLVS *extra territorium*, in-

l) Ne vero innouandi ſtudio haec defenſa videantur, adiiciam iuris interpretes qui in eam me duxerunt viam. Fruor praeſidio BARTOLI *L. cunctos n. 32. C. de ſumma trinit.* Praeſto eſt IOH. FICHARDVS *Vol. II. conſ. 31. n. 9. ſeqq.* qui plures alios ſententiae fautores in conſortium vocat. Accedit & BACHOVIVS *ad Treutl. diſp. I. Theſ. vlt. lit. E.*

inquit, *ius dicendi impune non paretur. Idem est & si plura iurisdictionem suam ius velit dicere.* Exindeque pleno alueo defluere putant, quod nullius generis statuta vltra statuentis territorium effectum sortiantur. Quum enim non plus virium habere statuta possint quam a legislatore statuente acceperunt, & ipsius legislatoris potestas terminis sui territorii coarctata sit, ipsorum quoque statutorum vim omnem territorio statuentis conclusam atque circumscriptam esse, credunt. Fatendum mihi haec veritatis offerre speciem. Vereor tamen ne, detectis errorum fontibus, victoriae exspectatio inclinet. Communem fere errandi haec lex praebuit occasionem. Peccant autem multifariae. Alii enim, quum omnem statuendi potestatem ex iurisdictione dimetirentur, eiusdem limitibus circumscripserunt, suo certe ingenio nimis a veris legum principiis aberrante. Hos ego fontes initio iam dissertationis occlusi. Vacillent conclusiones inde ductae necesse est. Alii, legibus quidem statutorum auctoritatem exaequantes, finxerunt sibi extra territorium legem sancientis inuito ciuili Iure prorogari. Sed adhuc in disceptatione est, an possit hoc dici extra territorium statutum, quod verius negatur, quum hereditatis quaestio, vt ex ante dictis patet, bona plane non respiciat, sed ex solo domicilio defuncti aestimari debeat, atque adeo de bonis non videatur dispositum, sed accessorie tantum heredem sequantur. Et posito, neque concesso, limites hoc modo extendi, illud tamen cum omnibus Iuris communis regulis conspirare fusius supra explanatum reddidi. Quo circa, totam dubii resolutionem in summam redacturus, defensionem hac inclu-

dam

dam propositione: leges ciuitatis siue ius municipale, vt vocatur, sunt leges particulares, ipsa vero dispositio, quod iura domicilii ad omnia bona defuncti in successione pertineant vbicunque sita, est Iuris communis: adeoque *in iis locis, quibus iuri ciuili ea in parte derogatum non legimus, haec iura normam ponunt in succedendo.*

§. XVIII.

Nec velim mireris, qui fiat, quod leges in ista materia tantopere declinauerint ab ordinaria via. Est potius legibus commune, vt, vbi accessorie res in considerationem veniunt, locum rerum sitarum non respiciant. Fac enim contractum quem celebrare, condere testamentum, vel alia quaeuis inire negotia, nonne in horum omnium efficacia peruestiganda, num suis absoluantur solennitatibus, iura loci, in quo susceptus actus, vel testatum est, ponderabis? Patet omnino ex *L. 34. ff. de reg. iur.* Et valebunt quoque, etiamsi locus in quo sita sunt bona, de quibus agitur, aliam formam efflagitet. Aliam non reddes rationem, quam quod hic principaliter de actu ipso quaestio sit, bona vero accessorii naturam habeant. Eamdem deprehendes caussam in constitutione tutorum, qui iudice cuius iurisdictioni subest persona pupilli, constitutus etiam bonorum alibi iacentium curationem habet, vt est in *L. 30. ff. de excus. & L. 5. ff. de rebus eor.*

§. XIX.

Obiicitur vlterius *L. f. C. vbi in rem. act.* Ex qua in successione immobilium ius adtendi, quod est

in

in loco rei fitae, demonftrare contendunt. Infelici fucceffu. Agitor in hac lege tantum de actionibus realibus in foro rei fitae inftituendis, non quod de neceffitate ibi inftitui debeant, fed quod in actoris arbitrio fit, reum actione reali vel in loco domicilii vel rei fitae in ius vocare. Quo itaque confilio aduerfarii inde contra nos tela parare queant, non adparet, certe non metuenda exiftimo. Eadem ineft leuitas reliquis obmotis dubitandi rationibus, quas omnes fi perpendas, ante pofitis principiis labefactata cernes. Prolixi funt in demonftrando, quod qui fuccedit, in bonis fuccedat, adeoque refpiciantur bona fitusque bonorum. Praefidium fibi promittunt a *L. 20. §. 4. ff. de acquir. & omitt. hered. & L. 23. in princ. ff. de adquirend. poff.* Vtraque tamen fpem conceptam fallit. Altera de geftione pro herede, altera de aditione & poffeffione hereditatis adquirenda agit. Liquido fe offert hereditas & modi adquirendi confufio. Hinc inconfulta a diuerfis ad diuerfa facta conclufio nec quidquam nos mouebit. Facilius largiar & aditionem & poffeffionis comparationem factum efflagitare, ius autem fuccedendi eamdem habere formam, nullus, veris legum principiis imbutus, temere adferet. *L.* vero *3. ff. de ann. & tribut.* cui aeque infiftunt nihil plane probationis dabit. Onera patrimonialia rebus imponi nihil ambigo. Adplicandi vero ratio fponte corruit.

§. XX.

Adiiciam, ne quid obliuioni traditum videatur, reliquas obiectiones, discrepantium vtilitatibus nihil plane deferuientes, Verum principium iactitant: bo-

bona censeri principale in successione. In probando autem nihil agunt. Trahunt in suas partes *ß. 3. I. de L. Falcid.* quumque ibi aes alienum detrahendum esse intellexerint, coniecturam capiunt: bonorum principem esse considerationem. Male haec coniecta sunt. Aes alienum deducitur, quo appareat quid apud heredem remanere debeat. Ius vero hereditarium aliud postulat iudicium. Succedit heres aeque in commoda atque onera defuncti, cui consequens est, necessitatem debita praestandi quoque effectum esse iuris hereditarii. Discernas quaeso omni animi contentione emolumentum ex hereditate ab ipso succedendi iure & hereditate, atque tunc facillima patebit conciliatio. Quid enim si heres, deliberatione acta, intelligens hereditatem aere alieno exhaustam, nihilominus heres esse, soluendoque debita defuncti famae consulere velit? An heredem esse negaueris? Nullo iure. Adeunt porro patrocinium *L. 1. & 2. ff. de pecul. leg. Seruo cum peculio legato, & alienato vel manumisso vel mortuo, etiam peculium non deberi legatario* dicitur. Quid inde accedet virtutis? Contra magis facit. Omnis in eo versatur legis ratio, quod in huius generis legato peculium resque comprehensae accessionis indolem habeant. Quo circa extincto principali & accessorium vim perdit. Inque eo nihil video contra nos positum, potius egregium nostrae sententiae praestant vsum.

§. XXI.

Aliae adhuc angustiae premere caussam videntur, ex quibus eam educere contendam. Patrimonium

nium scilicet diuerso iure censeri respectu diuersorum territoriorum, & eo nomine duo reputari demonstratum eunt *ex L. 5. §. 16. ff. de tribut. act.* vbi ita disponitur: *sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit, & ego fui tabernae, quam ad Hucinum habuit ratiocinator, alius eius quam trans Tiberim, aequissimum puto separatim tributionem faciendam, ne ex alterius re merceue alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.* Ea vero lex qua possit ratione obiici latet. Ne minimum quidem caput hanc adtingit controuersiam. Tributoriae enim actionis indoles satis demonstrat hic principaliter bona respici quorum intuitu aes alienum contractum est, adeoque nihil omnino ad infringendam nostram sententiam faciet. Tandem aduersariis non negabo, bona immobilia sub potestate eius territorii, in quo sita, eiusque propriam partem esse. Improbo tamen inde ductam conclusionem, quod immobilium successio iurium loci rei sitae obseruationem requirat. Facile enim largior, statuta ipsa bona respicientia alibi sita adficere non posse. Quando vero de iure vniuerso defuncti quaestio oritur, res accessionum vice habentur, iure personae tantum considerato. Quo in casu supra corroboratae rationes aliud plane iudicium poscunt.

§. XXII.

Exposita itaque sunt sententiae propositae fundamenta, &, nisi nimis mihi adsentior, satisfactum est copiosis obmotis dubitationibus. Erunt tamen haud pauci, qui, *iuri retorsionis* indulgentes, eo exercitio omnem mei argumenti vtilitatem eneruari

P con-

contendent. Dabo operam vt & his ſcrupulum eximam. Dudum agitauit mentem haec de retorſione meditatio, inque ea tantum ſe obtulit iniquitatis, vt omnino nunc mihi habeam perſuaſum, operam omnem nauandam eſſe, vt iudicum in retorquendo arbitrium quam arctiſſimis circumſcribatur limitibus. Quo enim magis comprimitur arbitrandi poteſtas, eo conſtantior redditur iuſtitia, quae relaxatis frenis titubat quam maxime. Principi quidem omnem deberi in retorſione libertatem nullus dubitabit. Sed quid iudici tribui poſſit, videndum eſt. Abeo in partes STRYCKII *m)* eleganter rem diſcernentes. Si enim ius retorſionis exerceatur contra ius nouum iniquum, a iure communi declinans, tunc vnicuiuis magiſtratuum, coram quo cauſſa agitatur, ex iure retorſionis ſententiam ferre permittit. Sin vero retorqueri debeat ius tantum ſingulare, moribus contra ius commune introductum, principis conſenſum requirit. Quo nihil & aequitati & iuris principiis dici poteſt adcommodatius. Omnium vero maxime hoc in ſtatutis, de ſucceſſione conditis & confirmatis, obſeruandum duco. Quod enim haec confirmatio ſtatutis vigorem legis conciliet, ſupra abunde demonſtraui. Indeque credendum eſt, voluiſſe principem in omnibus bonis vbicunque repertis hunc ſingularem ſuccedendi ordinem adtendi. Eſt illa tamen tacita voluntas, cui non datur locus, ſi expreſſa alium modum poſtulet. Quam ob rem quisque intelliget me, dum haec ex iure ciuili meditor, in Saxoniae Electoratu alia omnia adſerturum eſſe.

m) in *vſ. mod. ad Pand. tit. quod quisque iuris &c. §. 5.*

esse. Mouet me *Dec. Elect. LIV.* quae in immobilium successione ordinem ad loci rei sitae iura componendum dictitat. Cumque, vt exposita praebent, tantis inuoluta haec controuersia sit dissensionibus, egregie sapientissimus Saxoniae Rector iustitiae consultum iuit, vt constanti posita regula heredum ius in ancipiti haud versetur. Si vero, promulgatis decisionibus Electoralibus Princeps statuta quaedam probauerit, quibus adiecta clausula reperitur: Es mögen die Güter liegen wo sie wollen, non exigua ductus ratione adsfererem, adparere largissimam principis gratiam, statutorum vim ad bona alibi in Electoratu iacentia protendentem. *n)*

§. XXIII.

Quod si nunc, composita lite, exemplis manum admouere velimus, in quibus cernitur dissertationis vtilitas, vberrimum dicendi haberemus campum. Sed breuitati consulturi, ne propositos excedamus fines, paucis tantum controuersiam de portione statutaria saepius in foro actam adtingemus. Reliquorum casuum definitio ex ante positis rei argumentis patebit. Copiosae sane sunt varietates statutorum de parte coniugibus ex successione relinquenda, ita vt quaedam loca dimidiam, tertiam alia, quartam, denique haud pauca adsignent. Quaestio nunc incidit, si defunctus coniux non in domicilii

 tan-

n) Legi merentur de hac iuris retorsionis iniquitate *Disp.* DAN. FRID. HOHEISELII *de retorsione iurium statutariorum variantium nec aequa nec prudente.* Qui in §. 8. iniquitatem hanc casu propositio in successione ab intestato illustrato.

tantum loco, ſed alibi etiam ſita relinquat bona, quo iure ſtatutaria ſuperſtitis viduae portio definiri debeat. Plerique interpretum eo conſpirant, viduam tantum capere quantum iura loci, in quo bona deprehenduntur, determinant. *o)* Conſentientem me habent, ſi haec meditatio Saxoniae Electoratum reſpicit. Verba enim *Deciſ. Elect. LIV.* In allen Fällen, alii locum non relinquunt ſententiae. Si vero in aliis locis, quibus iura ciuilia ſeruantur immutata, caſus enaſcatur, iure meo ab eis diſſentio. *p)* Vidi DD. de portione ſtatutoria commendationes voluens in duas partes ſciſſas opiniones. Alii, hoc ſtatutarium lucrum per modum ſucceſſionis transferri putantes, iura loci bonorum iacentium in obſeruatione habent. *q)* Contra

o) Euolu. MEVIVS *ad Jus Lubec. P. 2. tit. 2. art. 10. n. 40.* KOEPPEN *deciſ. 31. n. 11.* CARPZOVIVS *L. 6. R. 39. n. 8.* & *P. III. Conſt. Elect. 20. d. 19.* SCHVRFF. *Conſt. 56. n. 1.* & *2. cent. 1.* Perill. DE WERNHER *S. O. F. Vol. IV. p. 6. obſ. 288.* aliique plures.

p) A mea parte ſtant STRYCK. *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 4. c. 3. §. 4* HARTM. PISTORIS *obſeru. 23. n. 3. ſeqq.* Vid. omnino BERGER *in Elect. diſcept. forenſ. ad tit. XLV. obſ. 6. n. 4.* vbi praeiudicium Scabinorum Lipſienſium noſtrae ſententiae adnuens reperitur, ad informationem datum: Adiectam tamen habebis ſententiam Facult. Iuridic. Lipſienſ. a priori plane alienam. Ex quo quantis res implicata ſit difficultatibus, cognoſcitur.

q) Ad ſingularia ſtatutorum Budiſſenſium etiam pertinet ſtatutariae ſucceſſionis coniugum definitio. Vxori ſuperſtiti tertia pars bonorum allodialium mobilium aeque atque immobilium vindicant, marito vero de vxoris defunctae hereditate duas partes tribuunt, tertiae parte

tra alii, ex contractu matrimonii illud deriuantes, iura domicilii omni ex parte attendi contendunt. Non inquiram quae harum praestantior sit opinio, instituti enim ratio finem suadet. Demonstrabo autem, quamcumque elegeris sententiam, iura domicilii defuncti coniugis, etiam in hac portione statutaria aestimanda, omni in consideratione esse & computato omnium bonorum vbicumque sitorum pretio, quantitatem in loco domicilii statutam viduae praestari debere. Fac enim habere successionis indolem statutariam partem, superius exposita fundamenta rei veritatem demonstrabunt. Pone ex contractu matrimonii descendere, & multo constantior reddetur nostra sententia quum ipsae leges in his noncontractus locum, sed domicilii mariti spectare iubeant. Vxor iniens matrimonium mariti se destinasse domicilio censetur, eoque conficitur nomine maritum, alio in pactis dotalibus non expresso modo, tacite iurium domicilii participem suam vxorem reddere voluisse. Egregie huc pertinet *L. 65. ff. de iudiciis.* Ita enim inquit VLPIANVS: *exigere dotem*

 mu-

parte liberis relicta, quibus non existentibus, tota hereditas ad maritum deuoluitur, exclusis omnibus reliquis vxoris successoribus, nisi in pactis dotalibus aliud actum sit. Haec tamen ipsa alia non obtinent ratione, quam si pacta Magistratus confirmatione sint corroborata, vid. *Statut. Budissin, P. II. tit. 1. & 2.* Quumque illa statuta anno 1569. constituta, & anno 1678. reuisa, confirmatione ornauerit principis gratia, omni carebit dubio, etiam haec obseruationem mereri. Statutorum enim rite conditorum probatorumque in decidendis caussis rationem ducere iubet Appellat. Gerichts-Ordn. tit. Was vor Recht ꝛc.

mulier debet illic, vbi maritus domicilium habuit, non vbi instrumentum dotale conscriptum est, nec enim id genus contractus est, vt eum locum spectari oporteat, in qro instrumentum dotis, quam eum in cuius domicilium & ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reddituta. Qua lege nostris adplicata vsibus tota sententia robur nanciscitur

VIII.

DISSERTATIO

NVLLVM EXCESSVM VSVARVM IN PACTO ANTICHRETICO ESSE TOLERANDVM.

§. I.

Fugienda est, ceu pestis, impudentissimorum foeneratorum turba, rei publicae perniciosissima. Non grauissimae poenae auocant mentem, quam agitant potius quotidiana meditatione qua possint noua inuentione malitiam explere. Vt occultent fraudes studiose curant. Non vsurae quincunces, non semisses restinguunt ardentes siti fauces. Praemium poscit, vel ipse bipedum nequissimus, vel malitiae coniux vel filia. Ac monetae genere quam frequenter trucident angustia pressos; quis nescit? Integrae frontis homo nec cogitatione adsequitur omnes, quas exercent, impias fraudes. Inuerecundum & ferox namque ingenium huic meditationi tantum sufficit. Quo itaque grauius periculum minatur publicae rei hoc pessimorum hominum genus, eo consultius leges praemia decernunt vexatis fraude debitoribus, si hoc delictum ad iudicem deferant; poenas pariter sanciunt, si hoc officium negligant. Imo si etiam alii vel praemio vel poena lacesserentur ad nunciandum crimen, nihil aequius statui posset. Quod si est, impius tantum negabit, qui ergo fit, vt debitorem, improbo foenore iactatum, eoque nomine, vti par est, accusantem, plerique conuiciis exagitent, quasi macula fides conspurcetur, qui insigni laude ornandus erat? Iniustitiam exprobrent iustitiae strenui cultoris? Quid, quod & ipsi iudices quandoque adeuntem debitorem larga oratione, nescio quibus fucatis suasionibus comitata, seducere a proposito conentur, cui porta patens esse debebat? Rationem vnde promas non intelligo, nisi haec tibi

placuerit, quod celebrior, si dicere de consortio malorum celebritatem par est, malitiam sectantium sit numerus, pauci pietatis vestigia premant. Hinc quod sibi fieri nolunt, aliis fieri lugent. En luporum ciulatio! Tanto ergo minus in eos animaduertendum est, imo operae quoddam pretium, adplausum aliorum non immerito efflagitant, qui egestate fere oppressis consulturi, publicae rei consecrantes curam, omnem meditationem ad occludendos malitiae riuos conferunt. In hac agitatione pacta potissimum, quae a creditoribus, securitatem sibi conciliaturis, iniri solent obuersantur. Non enim raro sub hac tutela malitia pubescit. Interque ea pactum antichreticum non sterilem messem promittit. Quum tam copiose de hoc pacto iam disceptatum, multaque sollicite ad fraudem exstirpandam congesta sint destitissem fere a scribendi proposito, nisi *modicum excessum in antichretico pacto expresso non adtendi receptum inuenerim, obseruantia teste.* Haec vero sententia quum non infoecunda mater monstrosorum malitiae partuum sit, temperare mihi haud potui, quin ad eam confutandam operam adcommodem.

§. II.

Pactum antichreticum est pactum adiectum *quo creditori ius re oppignorata fruendi pro vsu aeris alieni conceditur, L. 14. C. de vsur.* Inter *accidentia* contractuum hoc pactum connumerandum esse, facile liquet, neque quidquam valoris habebit, nisi princeps sit contractus cui accedit. Mutui contractus primo loco in considerationem venit, cui adiicitur contractus pignoratitius, propriam quidem induens

duens naturam, fed quum principalem obligationem requirat, acceffionibus merito adcenfendus, & huic demum iungitur *pactum antichreticum.* Diuifum cernimus in *expreffum* & *tacitum.* Alterum *expreffa conuentione* conftituitur, alterum *facto debitoris legisque praefumtione tacitae voluntatis colligatum eft.* Taciti pacti fedem habemus in *L. 8. D. in quib. cauf. pign. tac. contr.* cuius haec funt verba: *Cum debitor gratuita pecunia vtatur, poteft creditor de fructibus rei fibi pignoratae ad modum legitimum vfuras retinere.*

Verba quidem pleniorem mentem de tacita antichrefi explanant; ipfa tamen difpofitio longe a iuris principiis abit. Quid quod aequitati omnium maxime repugnet? Iamiam VINNIVS *in felect. quaeft. L. 2. C. 7. n. 3.* de emendanda hac lege follicitus fuit. Et hanc ftratam fequar viam, quaedam addam. Ac primo quidem loco cuique offendiculo erunt verba: *gratuita pecunia,* quae fi propriae fignificationi adcommodemus, idem eft ac fi diceretur: quum fine vfuris pecuniam creditor debitori dederit, quo fenfu & paffim in iure noftro hoc verbum: *gratuitum* occurrere exempla *in §. 2. Inftit. quibus mod. re contr. oblig. & L. 1. C. de libert. & lib. eor.* docent. Neque menti fubuenit vmquam *gratuitum* appellitari de quo vfurae praeftantur. Nunc itaque fi haec vera funt, vix autem dubitatio dabitur, quo quaefo fundamento factum hoc traditionis rei pignoratae, quae fructus fert, eum effectum fortiri poteft vt tacitae ius antichreticum habeatur conceffum? Quo confilio leges praefumtionem, expreffae declarationi contrariam, euincent? Nihil certe tantopere aduerfum eft iurium praeceptis,

quam

quam in factis licitis praesumere alicuius volunt
quam contra iam explanauit. Quo circa no
concilianda occasio superstes est, quam, vt aut
aliis vocabulum, *non* huic loco adiiciamus, qu
mem interpretationis artem mirifice vexat deci
methodus, vel dicamus *gratuitam pecuniam* int
quando creditor pecuniam elocauit, nihilque de
ris praestandis pactus est, neque tamen se decla
quod absque foenore mutuum tradere velit.

§. III.

Sed licet etiam illam interpretationem, m
comtam, adcommodemus, nondum tamen pr
piis consentit dispositio. Tria tantum sunt ca
quibus vsuarum iusta petitio innititur. *mora*, *a*
tas & *conuentio*. Moram hic non adesse in a
iacet. Nec aequitas suadet, quum sua natura
tuum sit gratuitum. Igitur, aut haec natura,
tuo indita, est iniqua, aut praesens dispositio ae
tati non conuenit. Vrgebis itaque conuentio
eamque tacitam. Parum dabit auxilii. Taci
pactum duobus absoluitur numeris, facto nemp
praesumtione legis. Factum eius generis requiri
vt exinde indicium voluntatis quae elicienda est
pareat. Illudque potissimum limites praesumti
bus constituit. Factum quippe si ita comparatum
vt haec tantum non alia voluntas inde depromi p
nisi actus in cassum susceptus habeatur, statim p
sumendi occasionem praebet. Sed sunt quaedam
ctorum genera quae in duas partes vel plures di
buunt voluntatis coniecturam: in quibus pra
mendi potestas his circumdatur cancellis. Pri
quum in ambiguis paciscentes naturae contractu

c

conformasse censeantur, huic praesumtio erit componenda. Secundo vero, quum leges ad liberandum magis quam obligandum sint proniores, haec quae ad liberandum eum, cuius factum praesumtionem informat, pertinet praesumtio anteponenda est. *Arianus enim ait multum interesse, quaeras vtrum aliquis obligetur, an aliquis liberetur? Vbi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum. Vbi de liberando, ex diuerso vt facilior sis ad liberationem. L. 47. D. de oblig. & act. i L. 125. D. de reg. iur.*

Rogito itaque consideres factum in laudata lege propositum. Nonne duplex coniiciendi de debitore, factum traditionis suscipiente, est occasio? *Altera*, quam tamen aegre concedo, vt vsuras ex fructibus capiat creditor; *altera*, vt tantum partem creditae sortis quotannis ex fructibus deducat, eoque securior eo nomine reddatur, quum, hypotheca etiam constituta, variis tamen difficultatibus adhuc vexari possit. Vtrumque praesumi non poterit. Quid ergo? Posteriori loco posita praesumtio anteferenda est, quum & naturae mutui, quod natura grauitum est, conueniat, & ad liberationem debitoris procliuior sit. Altera itaque propellenda esset, nisi ante proposita lex aliud doceret. Legem in dubium non voco sed rationem periturum ablego ad luctu plenum solatium *L. 20. D. de LL.* quod non omnium quae a maioribus tradita sunt ratio reddi possit. Sed, quum & hodie natura gratuitum sit mutuum, optandum esset, vt VINNII *emendatio legis*, non regulis quidem interpretandi, sed sanae rationi conformior in forum induceretur.

§. IV.

§. IV.

Sed longius me *aequitatis* & principiorum defensio distraxit. Redeundum ad propositum. Vel nulla vel mediocris de tacita antichresi est dimicatio. Omnes fere conspirant, in ea nihil, quod legitimum vsuarum modum excedit, esse indulgendum. Sique quidam foeneratoribus studiosiores etiam contra machinentur, ipsa lex statim repulsam dabit, quum verba, *ad modum legitimum vsuarum retinere*, plana satis atque aperta incomtum interpretem repellant. Sed de antichresi expressa copiosior est concertatio. In duas dimicantes discedere videntur partes. Propugnant alii in pacto antichretico minime reddendas esse rationes, quos nullam penitus in peruestigando vsurarum excessu operam dare consequens est. Distinguunt alii: antichresi in fructibus certis constituta, strenue legitimam vsurarum mensuram obseruant; quod si vero de fructibus incertis inita sit pactio antichretica, modicum excessum non adtendunt, eiusque rei temperationem iudici tribuunt. Vtriusque generis defensores, illi grauius, hi mediocrius peccant. Discessionem facturus, ita enim suadent leges, & iuris principia, non innouandi studium, nullo habito discrimine omnem & mediocrem, vti vocare solent, excessum condemnare studebo.

§. V.

Colligenda sunt arma vt impetum repellamus. Staturus itaque sum principia, quibus pertractatio conformabitur. I) *Vsurarum legitimus in legibus definitus est modus.* Leges haud adferam, quum vndiquaque tam in compendiis quam aliis commendationibus circumferantur. *L.* quidem *23. C. de vsuris* oleo

oleo vel quibuscumque fructibus mutuo datis, suadet additamenta vsurarum eiusdem materiae admittere, eiusque aequitatem ita commendat GOTHOFREDVS *ad h. l.:* quippe nonnumquam accidit, vt mutuans centum modios pactus sit vsurae nomine modium vnum in singulos menses, quod vsura est centesima, sed fortasse quum mutuo darem centum illos modios vno aureo modii sex veniebant: verum fertilitate secuta quum debitor menstruum mihi modium soluit, non centesimam sed bessem mihi centesimae praestat. Hoc enim facit, aestimatio modii propter insecutam annone copiam. Sed pauci non intelligunt, hac suasione stratam viam monstrari ad fraudis excusationem. Idque circo, aut plane exstirpanda est lex, poterit enim, ne malitiae suspicio excitetur, mutuum in fructibus datum pretio eius temporis, quo datum est, aestimari, & hoc modo vsurarum lucrum temperari. Vel circumscribenda erit lex arctioribus limitibus. II) *Qui contra faciunt, delicti rei sunt vsurariae prauitatis, vti vocant.* Haec vero triplici modo committitur, si scilicet vsurae *vltra quantitatem permissam*, si *vltra alterum tantum*, si tandem *vsurae vsurarum* capiantur. III. *Vsuraria prauitas est delictum publicum.* Id quod tam publicae eo nomine conditae leges, quam poenae statutae latius demonstrant. IIII) *Princeps ratio in publicae salutis conseruatione versatur.* Non enim hac vberior est occasio ciues ad incitas redigendi, non auaritiae & malitiae tutius asylum. Quae omnia non mediocriter ad conturbandam rempublicam conferrent, nisi medelae adferantur. V) *Pacta in fraudem vsurarum legitimarum excogitata, nulla sunt.*

Quo

Quo pertinet *L. 11. ff. 3. D. de pignor. act.* vbi: *alia est caussa earum* (sc. vsurarum) *quas quis supra legitimum modum promisit, nam hae penitus illicitae sunt.* Atque *L. 15. C. de vsuris*, nec poenis adiectis, quod vsurarum modum transgrediuntur, locum facit. Ac in aliis quoque negotiis quod contra legum prohibitionem contractum est, irritum haberi neminem fugit. XI) *Neque renunciationes effectum sortiuntur.* Fauori enim quisque in sui gratiam composito renunciare valet, reipublicae vero commodum renunciationibus priuatorum eneruari non posse, expediti iuris est, *L. 45. ff. 1. de reg. iur.* ita vt nec iuramentum eo nomine praestitum virtutem habeat, *argum. cap. 28. X. de iureiur.* VII) *Taciti non maior vis est quam expressi.*

§. VI.

His limitibus circumdatum cernimus vsurarum argumentum. Ab his aequitatis principiis commendationem habet legis sanctio. Quae, nisi quaeuis saniora praecepta funditus exstirpare cupiamus, confirmant, nullam contra excogitatam pactionem, a praescripto foenerandi modo recedentem, sartam haberi posse. Pariter de pacto antichretico est sentiendum. Iudex itaque, iustitiae venerandus sacerdos, omni contentione circumspiciat, ne quid detrimenti iustitia capiat. Et quo vero cognoscendi principio vtetur? Non aptius imo nullum huic curationi deseruire poterit medium, *quam vt rationes a creditore*, qui re sub antichretico pacto concessa vsus est, *reddantur.* Miratus maximopere sum, quosdam de iuris prudentia insignire meritos, omni veneratione dignos, discessionem facere. Neque sane

opus

opus ducerem leges colligere ad hanc exſtirpandam ſententiam. Quis enim non videt per ante *in* §. 5. ſtatas iuris regulas eam collabefactatam ruere? Sed ne leges declinare in hoc argumento credamus, eas adducam, obuiam deinde obiectionibus iturus. Non obliuioni tradenda erit diſpoſitio *L. 8. D. quib. ex cauſ. pign. tac. contr.* cuius in §. 2. mentionem inieci. Quae licet omnibus vitiis ſcateat, in eo tamen quaedam commendatio ineſt, quod moderationem adiecerit, ne foeneratitia meditatio incrementa capiat. Expreſſim ibi traditur: *ad modum legitimum vſurarum creditorem fructus retinere poſſe.* Non me mouet, quod haec lex de antichreſi tacita tantum diſponat. Quid enim obſtat, quo minus extenſiuae interpretationi locum faciamus? Rationes nempe non in tacita pactione, quae nullam huic diſpoſitioni cauſſam praebere poſſet, ſed in generalibus in §. 5. poſitis principiis quaerenda eſt, quae quum expreſſae etiam conuentioni reſpondeant, legem in meas vocare partes nihil dubito. Conſentit generalis diſpoſitio *L. 1. C. de pignor. act.* verb: *Ex pignore percepti fructus imputantur in debitum, qui ſi ſufficiunt ad totum debitum, ſoluitur actio & redditur pignus. Si debitum excedunt qui ſupererunt redduntur, videlicet mota actione pignoratitia.* Intelligis fructus imputandos eſſe in ſortem, eamque minuere vel tollere. Vnde vero haec colligeres omnia, niſi ad reddendas rationes fructuum cauſſa creditorem haberes alligatum. Eoque nomine ſequens *L. 3. C. eod.* mentem plenius explanans ita tradit: *Creditor, qui praedium pignori ſibi nexum detinuit, fructus quos percepit vel percipere debuit in rationem exone-*

randi debiti computare necesse habet Tam ponderose verba enucleata sunt, vt omnis scrupulus, animo captiose obmotus, euellatur. Equidem *L. 1.* non omni suspicione carere facilius largior. Est enim ea ex Graeca constitutione Impp. SEVERI & ANTONINI, a Cuiacio restituta & latine versa, cuius generis restitutas leges nihil vel parum vtilitatis habere satis expeditum est. Aeque ex corpore Iuris glossato patet glossatorem eam constitutionem, priuato ausu insertam, non adgnoscere. Quum tamen reliquis legibus non refragetur, ad illustrandam demonstrationem non nihil conferet, eoque magis quod in *L. 3. all.* & hoc ipsum satis luculenter adparet. Sed nec illa *L 3.* a vexationibus liberata est. Restringere, nescio quo consilio, alii cupiunt ad antichresin tacitam, quibus trita iuris regula: *quod lege non distinguente nec nostrum sit distinguere* mirifice obstat. In genere enim traditur: *quod fructus in rationem exonerandi debiti computare necesse habeat*, quam ob rem nihil omnino interest, siue expressae siue tacitae antichreseos nomine fructus perceperit. BOEMMERVS *in Doctr. de action. sect. II. cap. 8.* hanc legem alia meditatione suae sententiae conciliare contendit, existimans curatius perspectam legem de eo casu tantum intelligendam esse, quo fructus concessi sunt creditori, non in compensationem vsurarum sed ipsius crediti, eoque in casu merito esse reddendas rationes, vt constet quousque fructus debitum ipsum absumserint. Sed haec vix ad mentem legis composita videtur interpretatio, quum verba: *exonerandi debiti*, generalia, tam quod vsurarum, quam quod sortis nomine debetur,

betur, complectantur, adeoque & hic aliquod discrimen tanto minus statui possit, quanto certius est hanc distinctionem etiam supra traditis generalibus vsurarum regulis aduersari.

§. VII.

Punctum tandem probationis fert *L. 14. C. de vsur.* cuius haec sunt verba: *Si ea pactione vxor tua mutuam pecuniam dedit, vt vice vsurarum domum inhabitaret, pactoque ita vt conuenit vsa est, non etiam locando domum pensionem redegit, referri quaestionem quasi plus domus redigeret si locaretur, quam vsurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim vberiori sorte potuerit contrahi locatio, non ideo tamen illicitum foenus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur.* Non mireris quod hanc legem in meas traham partes, in qua dissentientes sedem defensionis fixam sibi pollicentur. Penitius perscrutata lege pleno auxilio mihi aderit. Dubitationis quidem non nihil alit, quod haec lex viliorem conductionem videatur concedere, & hoc nouo modo aditum ad nouam fraudis inuentionem patefaciat. Sed omnes casum circumstantes caussae & rationes sunt perueſtigandae, quibus compositis facile patebit, neque in genere vt vilius locetur permittere legem, neque maliriae portam aperire. De habitatione tantum in vices vsurarum concessa in hac lege locutio est, & ea quidem conditione, ne pensiones locando aliis exinde redigeret, quod verba: *pactoque ita, vti conuenit, vsa est non etiam locando domum pensionem redegit*, & vltima verba: *vilius conducta habitatio*, (non domus,) aperte demonstrant. In hoc certe casu quum creditrix ita habi-

 tauerit,

tauerit, licet etiam cum marito, nullum lucrum inde percepit, quam vt habitaret, ergo fraus etiam legitimo modo vsurarum esse facta non intelligitur. Quodsi enim malitiae quoddam artificium inesset, certe hoc non indulsisset debitori, vt tantis limitibus circumscriberet habitationem, exclusa aliis locandi potestate, sed lucrum capessitura creditrix certe hanc sibi integram conseruasset. Haec singularis ratio comitatur hanc dispositionem, a qua generalem abstrahere regulam: quod vilius locare permittatur, in fraudem legitimarum vsurarum, aequitati & iuris principiis repugnaret. Obstaret & regula: *quod a particulari ad vniuersale non valeat consequens:* tantoque strenuior sum in hoc defendendo, quum verba. *conducta habitatio*, non vero conducta domus, se in fine offerant, ex quo ipsa dubitatio de conductione liquet, quam legis auctor adhuc vberius per verbum: *videtur* explanat. Posset vero animum quodammodo agitare, si casum fingas; hanc credritricem vxorem eius conditionis fuisse, vt si mercedem, quam pro habitatione hucusque aliis dederit, quum amplam habitationem dignitas posceret, componeres cum vsurarum legitimarum quantitate, longe mensuram excederet, adeoque nunc si, credens pecuniam, pro vsuris habitationem accipiat, dignitati respondentem, lucro omnino potiatur, quod non opus habet tantam pecuniae summam in comparandam habitationem collocare. Speciem aliquam prae se ferret, videretur adesse lucrum illicitum. Sed fingam contra, vxor mediocri fortuna & honore contenta, quae elocauit pecuniam, tanta mercede habitationem conducere solita fuit, vel viliori

liori adhuc, quam vſurae legitimae datae ſortis referunt, debitore autem offerente vice vſurarum ſplendidiorem habitationem, eam acceptat. Commoditati certe non vtilitati conſulet. Vides itaque fictionem fictione eſſe compenſatam. Explanato ſpeciali huius legis caſu, propriaque ratione, reliqua facilius mecum conſpirabunt. Dum in hoc caſu tantum, ſi habitauerit creditor, neque penſiones locando lucratus ſit, lex eſt compoſita, facili negotio, quum contrariorum contraria ſit ratio contrariaque diſpoſitio, conſequitur referri hanc quaeſtionem debere, & illicitum foenus contractum eſſe, ſi ita habitatio in vicem vſurarum conceſſa fuerit, vt creditor, etiam vlteriori locatione vberiores mercedes colligens, ſibi, quod vſuras legitimas excurrit, vindicare poſſit, neque ad imputandum ſorti adſtringeretur.

§. VIII.

Non opinor reddendarum rationum obligationem copioſiori probatione indigere. Occurrendum nunc eſt aliorum obiectionibus. BOEHMERVS *ſupra laudatus all. loco*, in antichreſi expreſſa in contrariam abiens partem, his argumentis demonſtrare adnititur, rationes haud eſſe exigendas. Adſerit in hoc pacto antichretico duplex ineſſe negotium, 1) pignoratitium contractum, 2) tacitum locationem, in qua rationes de fructibus non reddi expeditum dicit. Primum non in diſceptationem vocabo, alterum perſequar. Ignorant leges tacitam locationem, quae expreſſum conſenſum potius requirit. Renouationem tacitam excipias, quae longe ab ea differt, neque hic de renouatione dimicatio intercedit. Igitur

eam-

eamdem non adgnoſco niſi lex eo nomine compoſita demonſtretur. In conſilium vocatur quidem antea explanata *L. 14. C. de vſur.* Sed ea quo minus vniuerſalem conficere poſſit regulam, quum tam verba, quam ratio ad ſpecialem caſum ſint adcommodata, ſatis docui. Sed fac etiam tacitae locationis veſtigia inueniri, facilis tamen ad conuellendum eſt occaſio. Expreſſa enim pacta, in vſurariae prauitatis exercitium compoſita, nauci habenda eſſe nemo dubitabit. Quum autem taciti pacti non maior eſſe vis poſſit quam expreſſi, quod ſupra iam allegaui; quo negotio huic tacitae locationi hunc effectum adfingere poſſumus? Inde non tutum ſatis conſilium adfertur, creditoribus machinationem meditantibus, vt ad euitandam pacti antichretici difficultatem locari ſibi vilius curent. Tota enim, niſi vſurarium hunc impoſterum ad malitiam inuitare velimus, nulla eſt pactio, neque a reddendis rationibus habebit relaxationem.

§. IX.

Sed ſupereſt victoriam in ancipiti tenens *L. 17. C. de vſuris.* ita concepta: *Si ea lege poſſeſſionem mater tua apud creditorem ſuum obligauit, vt fructus in vicem vſurarum conſequeretur, obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum prouentum reſcindi placita non poſſunt.* Graue eſt propugnaculum. Fateor diu fatigaſſe animum curam, qua ex his ſyrtibus me eripere poſſem. Nihil videtur certius inde dimanare, quam quod in fructibus incertis rationes reddi debitor non iure poſtulet. Quod ſi enim nec obtentu maioris emolumenti, propter incertum fructuum euentum, placita reſcindi par eſt, quid opus

eſſet

esset rationum computatione, quum si quid lucri etiam, vsuras transgredientis, percepisset, iure sibi seruare videatur. Vix mihi temperare poteram, quin in conuicia irrumperem, quum nihil iniquius nihilque peruersius cogitare mens poterat hac dispositione. Acu rem tetigisse sibi videtur GOTHOFREDVS, qui *in notis ad h. l. lit. n.* rationem expoliturus, ita scribit: sic sentio, in omni venditione, ergo & reditus annui de quibus hic agitur, spectandam esse quantitatem iusti pretii quod est tempore venditionis, eoque admisso non esse quaerendum res emta creuerit, an decreuerit, quum certo iure periculum & detrimentum rei ad emtorem pertineat. Iam in *L. 14. C. eod.* commentans haec meditatio animum ipsius occupauerat, quam, ne forsan suffocaretur, nunc plenius exponit. Quam misera haec sit comparatio, quamque sterilis conciliandi inuentio quisque leuiter tinctus videt. In quo quaeso conueniunt, vt annui reditus pacto antichretico exaequari possint? Si vsurarum modum, cui annui reditus sunt reformandi, excipias nihil plane est. Sed nec hoc quidem ad restaurandam aequitatem legis quidquam praestabit. Nemo sibi & impiis foeneratoribus tantum indulgebit, vt annuos reditus superare vsurarum legitimam mensuram posse defendat. Quo circa, si quaedam inde componendi esset occasio, contra potius faceret analogia annuorum redituum. A periculo vero quod emtor post perfectam emtionem atque venditionem patitur, quo argumento ad annuos reditus duci potest adplicatio? Loquitur certe de annuo censu constitutiuo, qui, quum nec Iuri Romano sit cognitus, iudices an haec decidendi ratio menti legem ferentis

adesse potuerit. Nec ratio ipsa quadrat. I
periculum fert, quia res quaelibet perit illi c
betur, vel si haec tibi non placet, ex speciali
sitione defluit. Neutra vero ratio quidquam a
nuos reditus pertinet, qui, si etiam in re imr
constituantur, emtori, non rei, sed annui re
nihil praeter pignoris ius competere potest.
adhuc claudicat. simile si annui reditus antichresi
parentur. In annuis reditibus debitor est re
gatae possessor; Quum contra in antichresi reg
ter creditor possideat, quod & in hoc ipso legi
proponitur. Auocandus itaque erit animus a
legem magis corrumpente interpretatione. Erit
nisi nimis mihi adsentior alia conciliandi via,
legem ab iniquitate purgare, & principiis re
poterimus. Praestruam casum, qui operam
videtur lex; Caia, mutuam suscipiens pecuniam
gnoris loco tradiderat creditori rem fructus fere
ad certum definitum tempus, vt in vicem vsur
eos percipiat. Breui interuallo, deliberatione
ta, ingemiscens debitrix intelligit, fructus, q
hic fundus abundat, longe superare quantitatem
rarum, conqueritur ea de caussa, ac iudicem i
rans hoc fundamento vtitur, quod illud pactum
rariis legibus non conueniens, constare nequea
tit itaque vt rescindantur placita pacta, & cr
ad restitutionem pignoris ipsi traditi condem
Repulsam vero, vti ex constitutione adparet,
Caia, id circo, quod ante tempus, in pacto re
tioni mutui & rei oppignoratae destinatum, n
quam certum sit, quod creditor vsurarum n
ex fructibus maius emolumentum ceperit, quum

ſtabilis ſpem fructuum quaerendorum non ſit, quae non ſterilitate aliisque calamitatibus eneruari poſſit. Igitur iniquiſſimum & ipſe ducerem ſub hoc praetextu ſtatim, quum titubans adhuc ſit fundamentum, viam parere ad impugnanda pacta. Haec explicatio minime a mente legis eſt aliena, eidem reſpondentem potius ipſa legis verba: *obtentu maioris emolumenti*, & ſequentia: *propter incertum fructuum prouentum* demonſtrant. Quod ſi enim in caſu propoſitio iam redacti ex fundo eſſent fructus totius huius temporis, quo ex pacto poſſeſſionem retinuit, eo tempore quum implorasſet Caia iudicem, non de incerto fructuum prouentu decidendi ratio deſumi, neque colore ſiue obtentu maioris emolumenti, vbi veritas adeſt, actionem inſtituiſſe dici potuiſſet. Longe vero ab hoc diuerſus eſt caſus, ſi haec Caia tempore elapſo, quo circumſcribebatur poſſeſſio creditoris, de fructuum rationibus reddendis, eoque quod vltra vſuarum modum lucratus eſt creditor ſorti detrahendo, litem mouerit: quo in caſu quod ad iudicii limina iure accedere potuerit, dubitandum non eſt.

§. X.

Primum itaque cognoſcendi principium an excedant fructus vſurarum cancellos, hucusque expoſui. Aequitati & legibus conuenit, reddendas eſſe in antichreſi cuiuscumque generis rationes. Sed nondum haec ſufficiunt: quo tempore rationum computatio poſci poſſit, quique computandi modus in obſeruationem veniat, ſcrutandum eſt. Temporis rationem inituro mihi in conſiderationem incidit, qua actione debitor experiatur. Supra iam docui, pactum hoc antichreticum adiectum eſſe contractui, in-

que huius generis pactis expediti iuris est actionem ex principali contractu oriundam dari. Quare actione pignoratitia directa vtetur, quae datur debitori aduersus creditorem vt, debiti vinculo soluto, rem oppignoratam restituat, & reliqua quae vel ex natura contractus vel pacto legitime adiecto descendunt, praestet. Ex natura itaque huius actionis deducendum est tempus quo debitor agere possit. Equidem inficias non eo ad tempus, quo de restituendo pignore pactus est debitor omnium maxime respiciendum esse; sed quum extincto demum debito principali dies veniat reddendi pignoris, ante certe cum effectu non aget debitor. Connumerare omnes, quibus obligatio tollitur, modos huius non est loci, quum vbique circumferantur. Ex his vero quo ad fundandam actionem vti possit, circumspiciat acturus. Hos inter modos solutionem primo loco poni constat. Nollem tamen debitorem, de reddendis rationibus agentem, his difficultatibus implicare vt prius soluat debitum quam actionem instituat. Antea enim quam rationes de fructibus perceptis computatae sunt, ignorat iuste, est enim ignorantia facti alieni, quantum supersit de sorte soluendum. Quo circa si & ipse differat solutionem iure suo vtitur. Videtur quidem integrum ius ipsi & illibatum manere, quum si totam sortem creditori numerauerit, exhibitisque rationibus pateat fructus iam ipsam sortem diminuisse, ad repetendum residuum pronae sint actiones. Sed quum melius sit intacta iura seruare, quam post vulneratam caussam remedium quaerere, tutius est, vt consilio *a L. 9. §. 5. D. de pign. act.* dato vtatur. Offerat tantum in ipso libello solutionem sortis, vel

quid-

quidquid computatione habita de debito superfuturum est, hocque auxilio tutus victoriam exspectabit. Hoc tantum obserues discrimen, vt si vere sublatum sit debitum principale, aut solutionis aut similis generis modo, etiam ante tempus, debiti restitutioni definitum, iure actione fruaris pignoratitia, quum repulsam petiturus esses si antea sola oblatione fundamentum actioni sternere conareris. Reliqua de tempore reddendarum rationum, instituendaque actione pignoratitia tradent argumenta *L. 11. ff. 3. D. de pign. act. L. 1. & 3. C. eod.*

§. XI.

Transeo ad modum computandi rationes, quo vberior de excessu vsurarum cognoscendi capiatur occasio. Ne duriores contra creditorem videar, & querimoniis ansa detur, rationum quosdam cancellos erigam. *Fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis, nemoque cum alterius damno locupletior est reddendus, atque creditor boni patris familias officio in fructibus percipiendis fungatur.* Impensarum itaque prima habenda est ratio. Onera quae praestitit de fundo, & quidquid fructuum percipiendorum caussa pecuniae collocauit, deduci par est. Impensarum pariter vel necessitatis vel vtilitatis caussa factarum habenda est ratio. *L. 25. D. de pignorat. act. L. 6. C. de pign. & hyp.* Moderate tamen in impendendis sumtibus versandum est creditori, quem scire cupio, immodicas impensas iuri non repetere *all. L. 25.* Si ergo de quantitate horum onerum constet, huic adduntur vsurae quincunces de hac ipsa quantitate, hoc enim non adtento debitor cum creditoris detrimento locuples redderetur. Quid itaque fructibus deducendum

dum sit patet. Videamus iam de fructibus. Officii sui non obliuiscatur creditor, quum non perceptorum tantum sed & percipiendorum caussa obligetur. *L. 3. C. de pignor. act.* Media vero tantum boni patris familias diligentia est requirenda. *L. 14. D. pign. act.* quod & iuris rationi conuenit, quum pignoratitius contractus tam in creditoris quam debitoris vtilitatem compositus sit. Copiose quidem de hac culpae praestatione solet disceptari. *L.* enim *13. D. d. t. L. 5. & 6. C. eod. & §. vlt. Inst. quibus mod. re contr. obl.* non mediocriter caussam iactant. Dabitur tamen redintegrandi concordiam occasio, si leges, quae culpam leuissimam efflagitare videntur, ad specialem casum, quo pignus in creditoris vtilitatem tantum est constitutum, restringamus. In has duas partes scisso computandi modo, fructuum quantitate posita, subtractis deducendis, nunc patebit, quod ex fructibus lucrum ad creditorem perneuerit, atque an excussus legitimarum vsurarum deprehendatur. Consule vlterius STRYCKII *Vs. Mod. ad Tit. D. de pignor. act. §. 8.* qui ex computationis succinctae exemplum refert.

§. XII.

His, vti par est, curatius ponderatis, faciliori negotio diiudicari potest an, & in quantum fructus, quos vel creditor ex fundo antichretico percepit, vel colligere potuit, determinatum vsurarum modum excedant. Quam ob rem iam in quaestionem incidit: ***an quidquid vsurarum limites excedit, in sortem computandum sit?*** Ortum hinc duxit copiosa nondumque sepulta controuersia. Plerique, quibus etiam obseruantia,

uantia, non raro a veris principiis deuia, praesto est, discrimen inter modicum & immodicum excessum defendunt. Modicum excessum non adtendendum esse docent, creditorisque lucro relinquunt, in immodicum tantum aduertentes. Et inter hos ipsos tamen in duas partes discessio facta est. Non enim conueniunt quis modicus & immodicus excessus dicatur. Perstringenda eorum maxime est opinio, qui laesionem tantum debitoris vltra dimidium immodico excessui adscribunt, ex qua parte stat MEV. *Discuss. leuam. in pr. deb. c. 4. Sect. II. n. 12.* Mirifice excogitata computatio. Eheu! Quid ergo sibi volunt? Aut nihil dictum aut certum est eos septunces vsuras cum dimidia parte vnciae permittere in pacto antichretico, quo nihil detestabilius dici potest. Exstirpatur tota saluberrimo consilio inuenta vsurarum definitio. Malitia de ingenti patrocinio laetabitur. Neque sane intellexisse mihi videor, qua fucata tantum inuentione, speciem offerant. Argumentum enim a *remedio L. 2. C. de rescind. emt. vend.* ductum, nullius arbitor esse ponderis. Commerciorum scilicet ratio, qua contrahentes in emtione venditione, aliisque ex hoc genere contractibus, lucrum aliquod consequi curant, illud exigebat, vt non quauis ex laesione impugnari queant negotia, eoque nomine leges dicunt, quod in emtione venditione se inuicem circumuenire liceret. Indeque laesionem tantum quae est vltra dimidium definiuerunt, ad irritandum contractum. Sed in vsuris capessendis quantum intersit discrimen pauci sunt qui non intelligant. Partim enim haec ipsa ratio supra adducta non quadrat, partim ab ipsis legibus vsura-

rum

rum alio modo sunt positi cancelli, quos transgredi iniustissimum est.

§. XIII.

Ab hac sententia vero alii recedentes, medelam adlaturi, *iudicis arbitrio* relinquunt excessus definitionem. Quorum numerum auget CARPZ. *P.2. Const. Elect.30. def. 41. n.7.* HORN. *Class. II. Resp. 46. n.2. & Class. V. Resp 31. n.3.* Quod si etiam in foro receptum habeatur, communis enim est opinio, eo tamen adduci non possum, vt veritati, verisque principiis consentientem credam. Quod est igitur, quo ad confirmandum vtuntur, fundamentum? Vrgent in non determinatis sequendum esse arbitrium iudicis *L. f. C. de iure delib.* Sed nihil est tanta cura determinatum vsurarum modo. Occasio itaque deficit iudici sui interponendi arbitrii. Et certo iure frui tam est tutum solatium, quam periculosum titubanti iudicis arbitiò caussas agitare. Ergo incertus forsitan fructuum euentus iudicis moderationem efflagitare videtur? Si adesset in praesenti negotio dubium de fructibus, facilius me adcommodarem; sed manifesta sunt omnia quae ad praesentem cogitationem pertinent, ergo hac temperatione sine periculo caremus. Haec vt euidentius cognoscantur, supra iam exposui quo tempore de rationibus reddendis quaestio excitari posset. Eoque tempore iam percepti sunt a creditore fructus, vt nihil in incerto amplius versetur. Ex quo simul liquet, minime dissentientibus consulere *L. 17. C. de vsuris*, quam de diuerso casu, vbi omnino dubium adhuc fructuum emolumentum erat, dispo-

nere

nere ante iam demonſtratum dedi. Vnicum ſupereſt aſylum, in quod ſe tamquam in portum conferunt. Quum enim plerumque adſeratur, creditorem, qui ex fundo antichretico, oneribus & impenſis deductis, minus de fructibus collegerit, quam ad iuſtum vſurarum modum exigere poſſet, nihil amplius a debitore poſcere vſurarum nomine. Ergo, conuerſa parte, aequitati conſentire autumant modicum exceſſum non in adtentione haberi. Neque hac demonſtratione me conuictum tenebunt. Antecedens propoſitio numeris ſuis haud abſoluitur; illud potius certiſſimum eſt, nullam legem illud expreſſim diſponere. Argumentum autem a *L. vlt. ſſ. pen. C. de furt. & ſeru. corrupt.* deriuatum, quod ſcilicet ille qui lucrum habet, damnum etiam ferre teneatur, falſo adplicari ex antecedenti expoſitione patet. Creditor nempe nihil praeter legitimas vſuras ex fructibus ſibi iure vindicat, adeoque in lucro non verſatur, ac conſequenter illa regula iuris huc non ſpectat. Quid quod multo aequius, & ad euitandas difficultates conſultius ſit, ſi & creditori, ſterilitate forte legitimis vſuris deſtituto, facultatem largiamur illud quod deeſt vſuris a debitore adhuc petendi. Vix namque eſt vt factum, quod ſub pacto antichretico pignus acceperit, tacitam renunciationem eo nomine inducat. Neque contra pugnat, quod *fructus ex fundo antichretico in vicem vſurarum* deſtinentur & accipiantur. Quum ſi fructus vſurarum vices ſuſtinere debeant, firmius praeſumatur, vſurarum quantitati legitimae exaequatos requiri. Tacita pariter renunciatio nulla legis praeſumtione munita deprehenditur. Inueni quidem

dem in praesidium vocatum esse *L. 13. D. de* ... *L. 5. C. eod.* ex qua creditorem, per aliquo... pus minores vsuras accipientem, tacite m... etiam in futurum renunciasse disponitur. H... ro facti circumstantes caussae minime ad prae... ctum componi poterunt; atque idcirco a spe... generalem regulam non valebit consecutio. ... ne etiam subesse tacitum pactum, de quo tam... tum dubito, tamen & consequens propositio... a contrario deducta admodum vacillat. Credi... dem expresse de minoribus vsuris praestandis... ciscatur, nihil obstat; quum quilibet fauori... introducto renunciare possit. Igitur & tacite h... posse; contradictionem non alit. In nostro... casu omnia contrarium docent. Expressas ... tiones contra vsurarum modum inique excogit... hil valere quis dubitat? Quo modo itaque t... fieri posset quum taciti non maior virtus esse... quam expressi? Haud credo aliis momentis... modico excessui fauentes. Et si quid forsan n... feratur, ex his principiis confutatio patebit.

§. XIV.

Non reprehendendus itaque ero, si, ... tionem conferens in aequitatis & iuris princip... tuo: *modicum excessum, quod vsuras spectat* ... *non dari.* Vsurarum quippe quantitas est i... bus definita. Hos limites transgredientes ... grauissimis reuocantur ad iustitiae obseruationem... quo fluit, *omne quidquid contra statutam vsu... mensuram agitur, immodicum esse* nec vllo ...

defendendum. Sique vniuerſalia principia, quibus in §. 5. operam dedi, his adcommodaueris, eo certius confido, me de hac innouatione ſuſcepta excuſatum iri. Clauderem iam riuos, niſi, finem me meditantem, excitauerit occurrens non mediocriter ſuſpecta aliorum ſententia. Immodici exceſſus probatione onerant miſerum debitorem. Imo quod eſt magis mirandum, non prius ad reddendas rationes creditorem obligatum cenſent, quam ea probatione immoderati exceſſus a debitore peracta. STRYCKIVS *Vſ. Mod. de pignor. act.* §. 6. STRVV. *Dec. Sabbath. cap.* 7. *dec.* 10. *in f.* vbi dicaſteriorum ſententiae in medium producuntur. Strictim hoc demonſtrat reſponſum quod adfert BERGER. *P.* 1. *Reſp.* 2. Es könnte und wollte denn Beklagter die angegebene große Uebermaaße, anderergeſtalt und beſſer als geſchehen, in behöriger Friſt beybringen, auf den Fall wäre Kläger nicht allein von denen eingehobenen Nutzungen Rechnung zu thun, ſondern auch die Uebermaaße ihm an dem Capital kürzen zu laßen ſchuldig. Mihi contra videtur fuiſſe pronuntiandum. Niſi me omnia fallant, idem hoc eſſet ac ſi debitorem, ob exceſſum vſurarum in fructibus perceptis conquerentem, difficultatibus vexando auocare a propoſito velimus. Scio exceſſum non praeſumi, ſed eſſe facti. Aſt hoc minime commendat ſententiam. Primo enim ſupra iam dedi demonſtratum, quod creditor ad reddendas rationes ipſa natura pacti antichretici obligetur, niſi eneruare vſurarum principia cupiamus. Secundo vero iudices, ſi debitor ante exceſſum immodicum probare obſtringatur,

quibus probandi mediis hanc probationem fusc pere queat? Certe vel quandoque in caſſum plai redibis labor, aliis modis probandi deficientibu vel tantis difficultatibus erit implicatus, vt iuſta cauſſam deſerere iniuſte cogatur. Quod ſi aute ad reddendas rationes creditor obſtringitur, cor putatione habita, de exceſſu facillime conſtab Neque creditori aliquid damni infertur, quur compoſitis rationibus, ſi nihil praeter vſuras leg timas acceperit, nihil metuat, plus iuſto vero fr ctibus collectis in turpi lucro verſetur, cui patr cinium malitioſe petit. Patet itaque quam mo ſtroſos partus diſſentientium opiniones edant. Ta to certius beneuolentiam lectoris ſpero.

IX.

DISSERTATIO

DE

IVRE ADCRESCENDI

VENDITA HEREDITATE

AD EMTOREM PERTINENTE.

§. I.

Demonstraturo mihi, quod *ius adcrescendi vendita hereditate ad emtorem pertineat*, ante omnia necesse est, vt de indubitatis principiis, ex quibus caussae huius controuersae decisio deduci possit, sim sollicitus. Expressae enim leges totam litem dirimentes haud reperiuntur. Nec opus est. Nam, vt ipse IVLIANVS *L. 12. D. de LL.* testatur, *non possunt omnes articuli singulatim aut legibus aut SCtis comprehendi, sed cum in aliqua caussa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita ius dicere debet.* Ipsa ratio iuris adcrescendi in hereditate & similibus obuenientis, ipsa emtionum venditionum natura, & ius, quod per illas in emtorem in hac specie deriuatur, nostram confirmabunt sententiam, eoque ordine tractationem suscipiam.

§. II.

Ius adscrescendi latius sumtum, *vnumquodque patrimonii augmentum complectitur.* arg. *L. 30. & 56. de adquir. rer. domin.* *Strictius* vero *acceptum* est *ius heredi vel legatario*, eique qui vicem eius obtinet, *competens, heretitatis vel legati vacantes portiones, non dato vel deficiente coherede aut coniuncto legatario, adquirendi*, *L. 16. D. quib. mod. vsusfr. am. L. vn. §. 10. seq. C. de caduc* & *onera euanescentia retinendi L. vn. §. 8. C de cad. toll.* Deficere autem videtur heres vel legatarius, qui portionem vel rem sibi relictam, vel non vult, vel non potest adquirere, vel adquisitam beneficio abstinendi, aut restitutionis in integrum, derelinquit. *conf. L. 55. L. 61. D. de adq.*

vel. om. her. Non autem vna eademque ad
nis iuris adcrescendi subest ratio. Vel enim
crescit vel *personae*. In qua diuisione versabit
moda, implicatas difficultates explicandi, co
Quid discriminis insit, iam explanatum dabo

§. III.

In hereditate ius adcrescendi longe ali
contingit, quam in legatis. Iure Romano
quo mores non discedunt, nemo pro parte
pro parte intestatus poterat decedere; Inde
surdum dicitur *in L. vn §. 10. C. de cad. t*
dem hereditatis partem quidem adgnoscere,
vero respuere. Quod ne contingat, deficie
te aliquo ex coheredibus, ius adcrescendi ab
gibus est introductum, inuitisque adcrescit,
lente quidem contraria testatoris prohibition
ita disponere nequeat, ne leges in suo test
locum habeant, *L. 55. de legat. 1.* ANT. FA
Cod. Lib. VI. Tit. 6. def. 1. n. 7. STRYCK
testam. cap. 1. §. 14. quamuis per substitution
ius eneruare possit. Heredes autem, quum
hereditaria ipso iure pro portione hereditaria
L. 1. C. si cert. pet. ius adcrescendi quoque, si
tes hereditatis vacuae fiant, siue onera pra
quae in dando consistunt, euanescant, pro p
reditaria exercebunt. *L. vn. §. 8. 9. & 10. C.*
toll. Nisi forte onus, quod euanescat, a ce
redibus, fuerit derelictum: tunc enim, quem
dum vel solus vel soli heredes praestabunt, i
crum sentient. *L. vn. §. 8. C. de cad. toll.* Nam
dum naturam est, commoda cuiusque rei eum
quem sequuntur incommoda *L. 10. D. de r*

Cum vero permissum sit testari de iure adcrescendi, dummodo non pro parte testatus, pro parte intestatus quis decedat; coniunctionis ratio habenda est si quidam ex heredibus permixti sint, alii *coniunctim*, alii *disiunctim* nuncupati. Tunc enim ex *coniunctis* aliquo deficiente, quod fuerit euacuatum, *omnimodo ad solos coniunctos cum suo venit onere*, id est, pro parte hereditaria, quae ad eos peruenit. Sin autem ex his, qui *disiunctim* scripti sunt, aliquid euanescat, hoc *non ad solos disiunctos, sed ad omnes, tam coniunctos, quam etiam disiunctos*, similiter cum suo onere, pro portione hereditaria peruenit. Coniuncti enim, propter vnitatem sermonis, quasi in vnum corpus redacti sunt: & partem coniunctorum sibi heredum, quasi suam, praeoccupant. Sed coheredes omnes coniunctim, vel omnes disiunctim, vel etiam separatim in certa parte institutos, nulla intercedit differentia, quum iure aequali fruantur, hinc id, quod fuerit quoquo modo euacuatum, aliis coheredibus cum suo grauamine, pro hereditaria parte acquiritur. *L. vn. §. 10. C. de cad. toll. L. 80. de adqu. vel om. hered.*

§. IV.

Eodem modo ius adcrescendi in *substitutione* considerandum, ac in institutione, quum *illa institutionis species videatur*. arg. *L. 1. pr. D. de vulg. & pup. subst.* Hinc si alii coniunctim, alii disiunctim sint substituti, *coniuncti deficientis portio ad solos coniunctos*, cum suo onere, pro portione substitutionis *perueniet*. Si vero omnes coniunctim, vel omnes disiunctim, substituti sint, *alterius deficientis portio*, omni-

omnibus, cum suo grauamine, pro portione substitutionis, adcrescet. L. vn. ʃ. 10. C. de cad. toll.

§. V.

Interdum etiam testator *institutos heredes substituit.* Quae substitutio, si valida esse, & vtilitatem heredi instituto praestare debeat, vt mutata caussa institutionis fiat necesse est. *L. vlt. ʃ. 1. D. de vulg. & pupill. subst.* Tunc autem mutata censetur caussa institutionis, quando ex substitutione institutus heres aliquid lucratur, quod antea iure adcrescendi, ex institutione ipsi competente, non consequitur. arg. *d. l. vlt. ʃ. 1. D. de vulg. & pup. subst.* arg. *L. 35. pr. D. de adqu. vel om. hered.* Non ergo amplius obscurum est, cur huius substitutionis commodum, personam heredis, non portionem hereditatis, intuitu adquisitionis respiciat; cur non pars prioris hereditatis, sed alia potius hereditas existimetur *L. 2. ʃ. 2. D. de her. vel act. vendita,* cur substitutus praeferatur coniuncto, cur denique mortuo substituto haec etiam substitutio exspiret *L. 81. ff. de adqu. vel om. hered.* Institutionis autem caussa non mutata dicitur, si id, quod substitutio pollicetur, iam adcrescendi ius, ex institutione dimanans, ipso iure heredi conferat. arg. *d. l. vlt. ʃ. 1. D. de vulg. & pupill. subst.* arg. *L. 35. pr. D. de adq. vel om. her.* Quo casu, quum inutilis sit substitutio, nec ab institutione in primo gradu differat, *L. 10. ʃ. vlt. pr. D. de vulg. & pup. substit* iunct. *L. 1. pr. d. t.* quodcumque adquirit heres, iure adcrescendi venire existimandum. Consequens ergo est, vt *eiusmodi commodum rem sequatur, non personam,* arg. *L. 35. D. de adq. vel om. hered. vt pars prioris hereditatis, non alia hereditas videatur,* arg. *L. 5.*

in

in f. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. vt talis ſubſtitutus coniunctio haud praeferatur, & vt tandem mortuo ſubſtituto, talis ſubſtitutio non exſpiret, ſed heredis quoque heredem ſequatur, arg. *L. 41. §. 1. D. vulg. & pup. ſubſtit.* Vtilis itaque eſt ſubſtitutio, quando ex pluribus inſtitutis vnus, vel aliqui tantum, alteri, vel aliquibus, vel omnibus ſubſtituuntur. Nam in hac ſpecie tota coheredis vel coheredum deficientium portio, ad ſubſtitutum, vel ſubſtitutos tantummodo, excluſis reliquis inſtitutis, etiam coniunctis pertinet. Inutilis contra erit ſubſt tutio, quando omnes heredes inſtituti, vel ſibi inuicem, vel vni ex coheredibus, vulgariter ſubſtituantur, quum nihil lucri ipſis de nouo deferatur, quod non adcreſcendi iure iam percipiant. *L. 5. in f. D. de vulg. & pup. ſubſt. L. 35. D. de adq. vel om. her. L. 6. C. de imp. & al. ſubſt.* Teſtator enim, qui omnes coheredes ſibi inuicem ſubſtituit, nec vllam partium mentionem fecit, non alias partes ſubſtitutioni tacite inſeruiſſe videtur, quam quae in inſtitutione expreſſae ſunt, *L. 1. C. de imp. & al. ſubſt.* Vtilis porro & ſubſtitutio, quando vel vnus, vel aliqui ex inſtitutis, omnibus vel aliquibus, vel omnes ſibi inuicem, vel aliquibus pupillariter ſubſtituuntur; quum repudiata pupilli hereditas, commodo adcreſcendi ad ſubſtitutum numquam ipſo iure peruentura ſit. Nec inutilis redditur ſubſtitutio alias valida, ſi cum inſtitutione ita coniungatur, vt ſimul vel amplectendae ſint, vel omittendae. Id quod contingit, quando teſtator inſtitutos heredes, addita conditione, *ſi heredes fuerint*, ſubſtituat. Cui ſimilis eſt formula: *quisquis mihi ex ſupra ſcriptis heres erit*, vel etiam haec: *quisquis mihi heres erit. L. 3.*

L. 8. pr. §. 1. D. de vulg. & pup. subst. Vtraq
mula scriptos tantummodo heredes admittit,
redis heredem, *L. c* quum in ea heredis ap
proximum contineat, licet alias heres etiam p
tas successiones accipiatur. *L. 70. L. 22. §. 1.*
Quamuis autem institutus non alias exstet h
substitutione, nisi & ex institutione heres fui
pr. D. de vulg. & pup. subst. & quamuis adgnit
institutione, substitutionem non amplius poss
diare, arg. *L. 20. C. de iure delib.* inde tamen
hereditariae substitutionem adligatam esse, c
haut possumus, quum non partium coha
quam potius testatoris voluntas, quae pro pa
tum adgnosci nequit, heredi, vtramque part
adquirendi, vel omittendi imponat necessitaten
obstat *L. 8. §. 1. in f. D. de vulg. & pup. sub*
adserit, quod in hac specie partes eaedem ad
lariter substitutos pertineant, quas in ipsius pa
miliae habuerint hereditate. Id quod non i
cidit. quod forte partem hereditariam haec
ris substitutio sequatur, sed quoniam, quen
dum dictum est, testator easdem partes in s
tione expressisse videtur. quas in institutione
vid. L. 1. C. de imp. & al. subst. Personam ita
quitur haec substitutio cum institutione con
L. 8. §. 1. L. 10. pr. D. de vulg. & pupill. substit.
morte demum substituti exspirat, nec eius
bus, etiam adgnita ab illo institutione, co
L. 3. L. 8. §. 1. L. 10. pr. D. de vulg. & pup. subst
cus exstat casus. quo substitutio pupillaris cuic
patris heredi adquiritur, videlicet, si tempor
tae substitutionis nullus ex scriptis heredibus

exſtet, ne teſtator pro parte decedat teſtatus, pro parte inteſtatus. *vid. L. 59. D. de adq. vel om. hered.*

§. VI.

In fideicommiſſis vniuerſalibus quoque ius adcreſcendi obtinet. Heredes enim fiduciarii, ob rationes *ſſ. III.* expoſitas, fideicommiſſariorum deficientium partes, pro portione hereditaria, vna cum reliquis fideicommiſſariis lucrabuntur. Fideicommiſſarii contra, heredum fiduciariorum deficientium vacantes portiones, pro parte hereditaria, ipſo iure, vna cum reliquis heredibus fiduciariis adquirent, arg. *L. 79. ad SCtum Treb.* quum heredum vicem obtinere videantur. arg. *L. 16. ſſ. 8. L. 28. pr. L. 4. C. ad SCtum Treb.*

§. VII.

Legatariorum aut fideicommiſſariorum particularium, aut mortis cauſſa donatariorum deficientium portio, pro virili parte, id eſt pro numero perſonarum, re tantum & mixtim coniunctis legatariis, ob praeſumtam teſtatoris voluntatem, habita coniunctionis ratione, adcreſcit. *L. vn. ſſ. 8. & 11. C. de cad. toll.* Ceſſabit autem haec praeſumtio, quando teſtator ipſe legatum diuiſit, ſiue ſeparatim vnicuique partem legati reliquit, ſiue verbis tantum legatarios coniunxit. arg. *L. 1. pr. L. 6. ſſ. 1. L. 11. D. de vſufr. adcreſc.* Legatario enim deficiente, teſtator pro parte teſtatus pro parte inteſtatus deceſſiſſe non videtur, ad heredes enim eiusmodi legata vacua reuertuntur. *L. vn. ſſ. 8. pr. C. de caduc. toll.* Onera quoque legatariis impoſita, ſi euaneſcant, apud illos pro virili portione manebunt, *L. vn. ſſ. 8. in f. C. de cad. toll.* quum perſonam ipſorum, ſequantur, & hic ab ipſis quo-

que

que pro virili portione praestanda sint. arg. *L. vn. ʃ. 8. & 11. C de cad. toll.* Si enim onus legatarii ad portionem potius pertineret, vt ad re coniunctos quoque alterius deficientis legatarii portio cum onere perueniret, necesse esset, quod vero dictae *L. vn. ʃ. 11. C. de cad. toll.* & testatoris sententiae repugnat, quum ideo videatur disiunctim hoc reliquisse, vt vnusquisque suum onus, non alienum adgnoscat, & quum nulla fuerit difficultas coniunctim ea disponere, si contrarium voluerit. *L. vn. ʃ. 11. in f. C. de cad. toll.*

§. VIII.

Quae autem ex supra enarratis commodis partem hereditariam sequuntur, eiusdem hereditatis partes videntur. arg. *L. vn. C. de cad. toll.* Permissum vero non est eiusdem hereditatis partem quidem adgnoscere, partem vero respuere, *L. 38. pr. D. adq. vel om. her.* L. *vn. ʃ. 10. C. de cad. toll.* Hinc accidit, vt illud, quod in hereditate §. III. substitutione §. IV. & in fideicommissis vniuersalibus §. VI. iure adcrescendi venit, eiusdem hereditatis pars censeatur, & heredibus, nolentibus etiam, ipso iure adcrescat, si suas partes iam adgnouerint. L. *53. ʃ. 1. D. adq. vel om. her.* L. *vn. ʃ. 10. C. de cad. toll.* Licet etiam ea, quae postea emergent auxilio indigeant, L. *11. ʃ. 8. D. de interrog.* & sic illi, cui alterius coheredis abstinentis. vel contra aditionem restituti, deficiens pars, inuito adcrescit subueniatur, quum praeuidere haut potuerit, an aliquis coheredum sit abstenturus. Nec tamen superuenientem portionem solam poterit repudiare, sed ea quoque adgnoscere, vel simul cum tota hereditate omittere debebit. L. *35. D. de adq. vel om.*

om. her. L. 97. *D. ad SCtum Trebell.* L. 61. *de adq. vel om. her.* Consequens porro erit, vt ius adcrescendi ab illis tantum, qui parte hereditaria adhuc gaudent, non vero ab illis, qui eam amiserunt exerceri queat. Quam sententiam egregie probant verba PAPINIANI L. 33. §. 1. *de vsufr.* & VLPIANI L. 10. *D. de vsufr. adcresc.* adserentium, quod vsufructus legatus ideo & amittenti portionem suam adcrescat, quoniam *personae adcrescat.* Hinc ex natura contrariorum colligere licebit, quod in hereditate, substitutione, & fideicommisso vniuersali, vacans portio amittenti portionem suam non adcrescat, quum portionem sequatur. Patet ergo, cur ei, qui totam hereditatem vel totam eam partem, ex qua heres institutus est, tacite rogatus est restituere, (inhabili videlicet, L. 3. *D. de iure fisci*) Nec obstabit L. 43. § 3. *D. de vulg. & pupill. subst.* de qua infra §. XXII. quippe quae de substitutione pupillari, personam instituti heredis, non vero eius portionem hereditariam spectante, loquitur.

§. IX.

Ex argumentis itaque iam expositis prono fluit alueo, vendita quidem, sed nec dum tradita hereditate, ius adcrescendi adhuc penes venditorem permanere, ita tamen, vt accepta emti actione experienti emtori restituat, tradita autem hereditate, venditorem iure adcrescendi vel in totum, vel pro ea parte, quam alienauit, penitus carere.

§. X.

Maximus tamen adest dissentientium numerus. Quos inter primo loco commemorandus mihi est VINNIVS, *select. quaest. Lib. 1. quaest. 55.*

P.

p.m. 348. Iuri accrescendi tantum locus est, inquit, *inter coheredes, seu heredes eiusdem hereditatis, vt constet ex omnibus locis, qui de hoc iure loquuntur. At emtor hereditatis neque a testatore, neque a lege ad partem aliquam hereditatis vocatur, neque fit heres, sed venditor heres manet, L. 88. D. de her. inst. Et quod notandum est, vt soli ei, qui ex parte aliqua heres existit, siue ex testamento, siue lege ab intestato, deficientium portiones accrescunt, ita & inuito accrescunt & ignoranti, & denique semper cum onere suo, aeris videlicet alieni & legatorum; quod onus vendendo vitiari non potest. L. 31. L. 53. §. 1. D. de acqu. vel om. her. l. 9. D. de suis & leg. her. L. vn. §. 10. C. de cad. toll.* Cui sententiae & ZOESIVS fauet *in Comment. ad ff. tit. de legat. §. 60. Facit*, inquit, *quod ius adcrescendi illum debeat sequi, qui a testatore est honoratus, L. 3. §. 2. in f. D. de leg. praest. is autem est heres, non emtor. L. 35. pr. D. de adqu. vel om. her.* & denique post aliquot verba, ad *L. 80. §. 2. D. de adqu. vel om. her.* nec non ad *L. 2. §. 2. D. de her. vel act. vend.* prouocat. Patet ergo vtrique hanc esse mentem: quod ius adcrescendi personam magis, quam portionem sequatur. Contrariam autem sententiam iam satis demonstrauimus §. III. seq. vt dicta repetere superfluum foret. Nec eam inuertent a VINNIO allegata *L. 31. L. 53. §. 1. D. de adquir. vel om. her. L. 9. D. suis* et *leg. her. L. vn. §. 10. C. de cad. toll.* vbi dicitur: *heredi* portionem vacantem *adcrescere*. Hereditatis emtor enim, vicem heredis obtinet, *L. 2. §. 18. D. de her. vel act. vend.* & heres etiam per multas successiones accipitur, & paucis speciebus tantum he-

heredis appellatio proximum continet. *L. 70. D. de V. S.* Multo minus a ZOESIO adducta, *L. 3. §. 2. D. de legat. praest.* ad certam personarum qualitatem respiciens, aliquid probat. Nec argumentum *L. 80. §. 2. D. de adqu. vel om. her.* ad nos pertinet, quod nimirum, si seruus alienus ex parte institutus sit pure, ex parte sub conditione, dato coherede, & iussu domini adierit, deinde, eo manumisso, conditio alterius portionis exstiterit, verius sit, non domino esse adquisitam illam portionem, sed ipsum seruum comitari. Nam institutio quidem ex pluribus partibus pure facta, vna videtur, & hinc vnam tantum aditionem requirit, ita, vt vna ex his partibus adquisita, reliquas iure adcrescendi ad se trahat, L. 80. *pr. §. 1. & vlt. de adq. vel om. her.* sed institutio ex parte pure, ex parte sub conditione facta, dato coherede, duplex esse & duas inde hereditates deferre existimatur, quae non nisi duabus aditionibus adquiri possunt. Et tunc demum pars hereditatis sub conditione relicta simul cum parte pure relicta, vna aditione adquiritur quando quis ex parte pure, & ex parte sub conditione institutus sit, nullo dato coherede, aut nullo in conditionalem partem substituto. L. 52. *§. vlt.* L. 53. *pr. D. de acqu. vel om. her.* In hac specie enim inutilis est conditionalis institutio, quum pure institutus solus heres omnimodo futurus sit, L. 52. *§. 1. D. de adq. vel om. her.* quum siue existente conditione, ex institutione, siue non existente conditione, iure adcrescendi, pars illa hereditatis ad ipsum perueniat. Vtilis autem est institutio conditionalis, quae in *d* L. *80. §. 2. D. de adq. vel om. her.* occurrit, si quis ex parte

parte pure, & ex parte sub conditione fuerit institutus, dato coherede. Nam hoc casu, non existente conditione, vacua portio non soli primo loco pure instituto, sed omnibus pro portione hereditaria, adcrescit. Non igitur eiusmodi pars, sub conditione relicta, iure adcrescendi ad seruum pertinebit. Illo enim vacuae tantum portiones veniunt. §. II. Quis autem partem sub conditione relictam vacuam dicet, quum habeat institutum? Sed vi primae institutionis potius, quae semper ipsum seruum comitatur, pars quoque sub conditione relicta ad eum spectabit, nec ad eius quondam dominum iure adcrescendi perueniet. Quibus praemissis, non amplius obscura sunt verba PAVLLI *d. l. 80. §. 2. in f. & §. 3. de adq. vel om. her.* *Omnia paria permanere debent*, inquientis, *in id tempus, quo alterius portionis conditio exstet. vt adquiratur ei, cui prior portio adquisita est. §. III. Ego quidem puto, & si adhuc in potestate sit, iterum adeundum esse, si conditio exstiterit: & illud quod dicimus, semel adeundum, in eiusdem persona locum habet, non, quum per alium adquirenda est hereditas*, id est: seruus heres institutus, tam tempore primae aditionis, ex pura institutione, quam etiam tempore secundae aditionis, ex conditionali institutione, in eiusdem domini potestate sit necesse est, si ad eumdem dominum, cui prior portio pure relicta quaesita est, altera quoque, sub conditione data, peruenire debeat, quum haec posterior ex noua institutione deferatur, non vero priori ipso iure, adcrescat: hinc si existente alterae partis conditione seruus adhuc in eiusdem domini potestate sit, iterum adeundum est, & illud, quod

quod dicitur, aditionem hereditatis semel faciendam esse, tunc locum habet, quando domino, qui portionem pure relictam percepit, adcrescendi iure vacans portio accedit, non vero quando per alium ipsi adquirenda est noua hereditas, qualis omnino eiusmodi pars sub conditione relicta, de qua supra disseruimus, videtur. Ex eadem caussa etiam tantum abest, vt argumentum *L. 2. ff. 2. D. de her. vel act. vend.* sententiam nostram destruat, vt eam potius maxime confirmet. Substitutio enim cum institutione, mutata eius caussa, coniuncta, alia hereditas, non vero prioris hereditatis pars, videtur, §. V. & ideo non adcrescendi iure, prioris hereditatis partes, sed ex noua delatione, personam substituti sequitur. Omni fundamento itaque destituta sunt, quae ZOESIVS *c. l* differit, *nec tenetur*, inquiens, *eam* (substitutionem videlicet) *credere emtori, quod alia sit hereditas impuberis, a paterna: vti & hic alia est hereditatis pars, quae accedit iure adcrescendi, ab ea, quae vendita, nec dum debita venditori tempore venditae hereditatis, vt de ea non possit videri actum, aut cogitatum.* Nam ingens intercedit discrimen, plane aliam hereditatem, atque aliam eiusdem hereditatis partem esse.

§. XI.

Nec desunt aliae dissensuum caussae: venditorem nempe hereditatis iuris intellectu adhuc venditam hereditamem habere, nonnulli contendunt. Quorum alii ad expressa verba VLPIANI *L. 4. ff. vlt. si quis om. caus. test.* prouocant, *vid.* ECKOLD. *ad ff. tit. de adq. vel om. her. ff. 2. not.* COLLEG. ARGENT. *eod. tit. ff. 13.* alii vero pretium in locum rei

succedere, & hereditatem vel portionem venditam repraesentare, ECKOLD. ed *ff. tit. de adq. vel om. her.* §. 2. *not.* alii illud ipsum ius, quod etiam vendita hereditate penes heredem maneat, loco portionis fungi, perhibent. VINNIVS *sel quaest. lib. I. quaest.* 55. *p m.* 352. VLPIANVS autem *d. L.* 4. *ff. vlt. si quis omissa causa test.: si quis vendiderit hereditatem*, inquit, *vtique possidere videtur, non dolo fecisse, quo minus possideat.* Quae ICti sententia ex *L.* 67. *pr. D. de V. S.* explicanda est, vbi idem: *alienatum*, inquit, *non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet: venditum tamen recte dicitur.* Patet ergo, ipsum in dicta lege de hereditate vendita quidem, sed emtori nondum tradita, loqui. Illa omnino ad venditorem adhuc pertinebit, quum sola venditione iura realia in emtorem non transeant. arg. *L.* 20. *C. de pact.* Tradita autem hereditate, nullum ius hereditarium circa venditam hereditatem apud venditorem permanebit. Illud vero, quod pretium in hereditatis petitione, tamquam iudicio vniuersali, in locum rei succedat, *L.* 22. *D. de her. pet.* non ideo contingit, quod forte res hereditarias ipsas repraesentet, & is, qui pretium habeat, res ipsas hereditarias habere videatur, arg. *L.* 20. §. 2. 12. & 17. *D. de her. pet.* sed quod mixta sit hereditatis petitio, sicut & reliquae actiones vniuersales, quum duplex fundamentum adgnoscat, ius hereditarium nempe, & administrationem hereditatis, & hinc tam ex iure reali hereditatem ipsam, quam ex iure personali praestationes persequatur. *L.* 21. *D. de her. vel act. vend.* arg. *L.* 16. §. 3. *L.* 25. §. 18. *D. de her. pet.* HEINECCIVS *ad ff. tit. de her. pet.* §. 63. *not.* Ex iisdem rationibus ad-

adparet, hereditatis petitionem nonnumquam personalem tantum esse, si nimirum illis, qui hereditatem possidere sine dolo desierunt, & solummodo ex administratione eius gesta obligati sunt, intendatur. Non ergo sententiae nostrae obstabit, quod hereditatis petitione teneatur venditor hereditatis, L. 13. §. 4. *D. de her. pet.* is qui pretia rerum hereditariarum possidet, qui a debitore hereditario aliquid exegit, L. 16. §. 1. *D. de her. pet.* aut qui petiit hereditatem, & litis aestimationem consecutus est. L. 16. §. 2. *D. de her. pet.* Hanc enim ob caussam personae supra enumeratae conueniuntur, quod hereditaria negotia gesserint, non quod ipsas res distractas videantur possidere, arg. L. 16. §. 3. L. 25. §. 18. *D. de her. pet.* Si autem ii, qui pretia rerum hereditariarum possident, ex ea ipsa caussa, quod illa possideant, ipsas res hereditarias possidere existimarentur, consequens esset, vt hereditatis petitio, etiam contra b. f. venditores illarum, in res ipsas hereditarias, non in earum pretium dirigenda esset, quod tamen L. 20. §. 2. 8. 12. 19. L. 25. §. 11. repugnat, quum tantum in hereditatis petitionem contra m. f. venditores rerum hereditariarum ipsae res, non pretia earum, veniant, *d. l.* quum illas possidere dolo desierint. Admodum titubant, quae VINNIVS, *c. l.* in contrariam partem adducit: *illud ipsum ius, quod etiam vendita hereditate penes heredem manet, loco portionis fungi.* Portiones enim hereditariae in iure consistunt, quum ipsa hereditas sit iuris nomen, L. 119. *D. de V. S.* & hinc vendita hereditate, non singulae res hereditariae, sed ipsum ius hereditarium in emtorem transeat. Quid ergo iuris vendita hereditate apud venditorem restabit?

Nec vt VINNIVS dicto loco putat, *necessario inde inde sequitur, neque eum heredem, cuius portio legatis exhausta est, integra legata soluentem vt pleniore officio fungatur, ius adcrescendi habere.* Non enim singulis rebus hereditariis distractis, penes heredem ius hereditarium quoque exspirat, quippe quod etiam sine vllo corpore iuris intellectum habet, L. 50 *p. D. de her. pet.* nisi & illud ipsum in alium deriuetur.

§. XII.

Quum itaque venditor lucra, adcrescendi quaesita, non possit retinere, quin, tradita semel hereditate & cessis actionibus, ne quidem recte persequi; arg. L. 3. *C. de nouat.* eo magis haec omnia ad emtorem pertinebunt, qui tam actione ex ipso contractu, *ea quae venditor iure adcrescendi accepit, persequetur,* quam etiam tradita hereditate; aut cessis actionibus, *quodcumque iure adcrescendi veniat, a quouis tertio possessore vindicabit.*

§. XIII.

Exposito igitur iure emtoris ex ipsa natura iuris adcrescendi, ex *indole* quoque *emtionis atque venditionis* sententiam stipaturus sum. Hereditatis enim emtio venditio a reliquis emtionibus venditionibus non est diuersa. Omnium quippe rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit, quas vero vel natura, vel gentium ius vel mores ciuitatis commercio exuerunt earum demum nulla venditio est. L. 34. *§. 1. D. de contr. emt. vend.* Vendi ergo possunt res *corporales* atque *incorporales,* L. 34. §. 4. L. 80. *§. 1. D. de contr. emt. vend. praesentes* & *futurae* L. 8. §. 1. L. 78. *§. vlt. D. de contr. emt. vend.* VOETIVS *ad D. tit. de contr. emt. vend. §. 13.*

He-

Hereditas autem, quum nihil aliud ſit, quam ſucceſſio in omne ius quod defunctus habuit, L. *24. de V. S.* L. *62. de R. I.* ideoque complexus rerum corporalium & incorporalium, augmentum atque diminutionem recipiens. L. *20. §. 3. D. de her. pet.* nullum eſt dubium, quod illa pariter atque eius augmenta vendi poſſint. Nec leges naturam venditionis hereditatis vllo modo immutauerunt. Quod vero non eſt mutatum, cur ſtare prohibetur? L. *27. C. de teſtam.* Quis ergo aliam naturam venditionis hereditatis, ac reliquarum emtionum eſſe putabit, quum omnes regulae emtionis venditionis in genere, etiam huic venditioni reſpondeant, nec vmquam ſint ſublatae. Quam ob cauſſam nihil erit certius, quam vt eadem, quae in omnibus emtionibus venditionibus locum habent, etiam in hereditatis venditionem veniant. Indubitatum autem eſt, quod, licet ante rerum venditarum traditionem venditor adhuc earum maneat dominus, & ad ipſum quidem principaliter periculum & commodum illarum rerum ſpectet, illud tamen in emtorem redundet, tamquam creditorem ſpeciei, cuius interitus liberat debitorem. L. *pen. C. de peric. & com. rei vend.* ZOESIVS *ad D. tit. de peric. & comm. rei vend.* §. 1 Et quum ſecundum naturam ſit, commoda cuiusque rei eum ſequi, quem ſequuntur incommoda, L. *10. D. de reb. iur.* commoda quoque rei venditae, a venditore percepta, ad emtorem ſpectabunt. Vnde etiam notum illud iuris principium originem traxit, quod poſt perfectam emtionem venditionem omne lucrum & commodium rei venditae transeat ad emtorem. L. *7. pr. D. de per. & comm. rei vend.* *Periculum* vero dicitur, *omne incommodum*

S 3 *quod*

quod rei venditae superuenit. VOETIVS *ad D. tit. de peric. & comm. R. V. §. 1. praeter euictionem & culpam venditoris. Commodum* contra appellatur *omne lucrum, quod intuitu rei venditae, vel ex ipsa re vendita venit,* siue pretia rerum venditarum creuerint, L. 12. *C. de act. emt. vend.* siue alluuione auctus fuerit fundus diuenditus, §. 3. *Inst. de emt. vend.* vel vsusfructus cum proprietate fuerit consolidatus, L. 7. *D. de act. emt. vend.* siue seruo distractato aliquid donatum, aut vltima voluntate relictum, aut ex eius operis aliquid quaesitum fuerit, L. 13. §. 13. §. 18. *D. de act. emt. vend.* siue rerum venditarum intuitu actiones quasdam adeptus sit, veluti furti, L. Aquiliae, aut similes: quippe ad quas emtori cedendas obstrictus est, vti & ad praestandum id, quod ex huiusmodi actionibus, post venditionem perfectam quaesitis, consequutus est. L. 13. §. 12. *D. de act. emti vend.* §. 3. *inf. Inst. de emt. vend.* L. 14. L. 80. *D. de furtis*, L. 13. *D. de peric. & comm. rei vend.* VOETIVS *ad D. tit. de peric. & comm. rei vend.* §. 9. Quibus expositis consequitur, *etiam post perfectam emtionem venditionem hereditatis, omne periculum & commodum ad eius emtorem pertinere.* Id quod dilucidis verbis adserit VLPIANVS L. 2. §. 9. *D. de her. vel act. vend. Sicut lucrum omne*, inquiens, *ad emtorem hereditatis respicit. ita damnum quoque debet ad eumdem respicere.* Nec est, quod *d.* L. 2. §. 9. *D. de her. vel act. vend.* de periculo & commodo singularium rerum hereditariarum tantum explices, quum vendita hereditate, non tam singulae res hereditariae, quam potius ipsa vniuersitas vendita censeatur. Periculum quoque hereditatis dicendum erit omne incommodum quod here-

ditate

ditate superuenit, praeter euictionem, & culpam venditoris. Commodum hereditatis contra vocabitur omne lucrum, quod intuitu hereditatis, vel ex ipsa hereditate venit, siue pretia rerum hereditariarum creuerint, siue adluuione auctus fuerit fundus hereditarius, siue seruo hereditario aliquid donatum aut relictum, aut ex eius operis aliquid quaesitum fuerit, siue hereditatis venditor rerum hereditariarum intuitu actionis quasdam adeptus sit, veluti furti, L. Aquiliae & similes, ad quas emtori cedendas non minus, atque ad praestandum id, quod ex huiusmodi actionibus post perfectam hereditatis venditionem quaesitis, peruenerit, obstrictus erit hereditatis venditor. Ius adcrescendi quoque ad commoda hereditatis sine vllo dubio pertinebit, hereditariam enim portionem, non personam heredis, sequitur. Quam ob caussam PAPINIANVS etiam illud cum adluuione comparat L. 33. *D. de vsufr.* Adluuionem autem emtoris lucro cedere, certissimum est. §. 3. *Inst. de emt. vend.* Ex quibus omnibus defluit, & ea, quae iure adcrescendi ad venditorem post perfectam emtionem venditionem peruenerint, in emtorem redundare. Fac etiam portionem hereditariam adcrescentem, aut quodcumque aliud, quod adcrescendi iure venit, tot incommoda adgnoscere, vt lucri atque commodi aequalis caussa videatur. Quid inde? Nonne ob vtramque rationem ex parte tamquam commodum, ex parte tamquam incommodum hereditatis, ad emtorem eius spectabit? Accedit quod emtor in reliquis emtionibus venditionibus rei venditae lucra actione emti persequatur. L. 13. §. 10. *seqq. D. de act. emt. vend.* Quocirca

etiam venditae hereditatis commoda, & hinc ea quoque quae iure adcrefcendi quaefita funt, hac actione venient.

§. XIV.

Leue eſt dubium, quod ius adcrefcendi in contractibus, & ideo nec in emtione venditione hereditatis, non locum habeat. Aliud enim eft, *in contractu* locum habere, aliud *ex contractu* adquiri. Illud contingeret in emtione venditione hereditatis fi vni ex emtoribus pars quaedam hereditatis venditae vel obligationis venditoris, alteri iam quaefita adcrefceret, hoc vero accidit, fi ipfum ius adcrefcendi ex iure hereditario defcendens, vel lucrum per illud adquifitum, ad hereditatis emtorem, pro portione, quam emit, tranfeat. Priori cafu quidem *ius adcrefcendi exulabit.* Contractus enim pro rata iniri omnino poffunt, & pro rata initi femper cenfentur, quum vnusquisque pro fe tantum, & fuis heredibus, contraxiffe videatur. Vnde nec alter contrahentium ex alterius contractu, obligatur, nec aliquid adquirit, nifi aut natura negotii, aut legis difpofitio, aut contrahentium voluntas, contrarium efficiant. Pofteriori cafu autem *ius adcrefcendi fine vllo dubio obtinebit.* Ipfae enim leges emtori lucra rei venditae tribuunt, L. 7. *pr.* D. *de peric. & comm. rei vend.* ex quorum numero ius adcrefcendi effe, fupra demonftrauimus.

§. XV.

Haec tamen obiectio aliquam fpeciem prae fe fert, *quod pacta ad non cogitata non fint extendenda,* L. 34. D. *de R. I.* nec ideo hereditatis emtor ea lucrari pof-

possit, quae simul vendita haut censeantur. Verisimile autem plerisque non videtur, de eo inter partes actum esse, vt commoda, iure adcrescendi quaesita, ad emtorem spectent. Amplectitur hanc sententiam VINNIVS *select. quaest. lib. I. quaest. 55. p. 354.* eamque quatuor argumentis confirmare studet, nimirum 1) quod, an quid ex iure adcrescendi ad venditorem peruenturum aliquando esset, & venditor & emtor ignorauerint, 2) quod teste VLPIANO L. 2. §. 1. *de hered. vel act. vend.* plerumque hoc agi videatur, vt, quod ex hereditate peruenerit in id tempus, quo venditio fiat; id videatur venisse, 3) quod pretium respondere debeat rei venditae, *L. 63. D. ad L. Falcid.* & absurdum & iniquum videatur, si heres sextante aut quadrante, ex quo institutus est, vendito, idque pretio valori rei, siue pro portione, respondenti, cogeretur partem longe maiorem, & forte triplo aut quadruplo adcrescentem, postea ad emtorem transferre, 4) quod illa quae in *L. 2. pr. ʃ. 4. 18. D. de hered. vel act. vend.* occurrant, quod venditum intelligatur ius omne heredis: quod ad emtorem transeat, quantum penes venditorem est, vel quandoque ad eum peruenturum est: quod emtor vicem heredis obtineat: accipienda sint de parte ipsa vendita, de qua sola inter coheredes actum sit. In quam sententiam, eisdem fere argumentis & ZOESIVS abit *comm. ad Dig. tit. de legat. ʃ. 60. & 64.*

§. XVI.

Primum tamen argumentum statim corruit, si perpendas, etiam in reliquis emtionibus venditionibus contrahentes diuinare haut posse, num praediis venditis adluuione aliquid accessurum sit, num quis

seruis distractis aliquid donaturus, vel vltima voluntate relicturus, num ex operis seruorum aliquid magni momenti peruenturum, num venditor intuitu rerum venditarum actionem furti, L. Aquiliae, aut similes adquisiturus sit, & quae sunt reliqua: & nihilo tamen minus haec omnia vendita censentur, & ad emtorem transeunt vid. §. XIII. Nec inique. Nam de iis omnibus, quae ex legum dispositione emtoris commodo cedunt, partes quoque sensisse intelliguntur, vel saltem sentire debuerunt. Nec vllo facti ignorantia eos excusabit, quum vnusquisque facile intelligat, vel sane intelligere debeat, accidere aliquando posse, vt eiusmodi lucra rerum venditarum commodum augeant. Multo minus iuris ignorantia ipsos defendet, quippe quae adquirere volentibus numquam prodest. *L. 10. D. de iur. facti ignor.*

§. XVII.

Nec VLPIANVS *de L. 2. §. 1. D. de her. vel act. vend.* contrariam fouet sententiam: *In hereditate vendita*, inquiens, *vtrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit, cum aditur hereditas: an ea, quae fuit, cum hereditas venumdatur, videndum erit? Et verius hoc esse seruandum, quod actum est: plerumque tamen hoc agi videtur, vt, quod ex hereditate peruenit, in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse.* Quid autem peruenisse dicatur, & a venditore praestandum sit, sequenti §. 3. & 5. eleganter explicat: *Peruenire ad venditorem hereditatis*, ait scilicet, *quo modo videatur, quaeritur? Et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum peruenisse, quatenus mandare potest earum rerum persecu-*

fecutionem, actionesque tribuere: enimuero vbi corpora nactus est, vel debita exegerit, plenius ad eum peruenisse videri. Sed etsi rerum venditarum ANTE HEREDITATEM VENDITAM, *pretia fuerit consecutus, palam est, ad eum pretia rerum peruenisse, sed & si quid aeris alieni est, vel cuius alterius oneris hereditarii, peruenisse merito negabitur. Sed & rerum* ante venditionem *donatarum pretia praestari, aequitatis ratio exigit.* §. V. *Sed & si quid dolo malo eorum* (heredum venditoris) *factum est, quo minus ad eos perueniat, & hoc emtori praestandum est. Fecisse autem dolo malo, quo minus perueniat, videtur, siue alienauit aliquid, vel etiam accepto quem liberauit, vel id egit dolo malo, ne de hereditate acquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci. Sed & si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, vtique tenebitur. Deperdita autem & diminuta sine dolo malo venditoris, non praestabuntur.* Vnde liquet hanc VLPIANO mentem fuisse, quod ea tantum, quae tempore celebratae venditionis adhuc existant, & ex quibus venditor adhuc locupletior sit, nec non ea, quae venditor alienauerit, aut quae dolo malo eius, aut lata culpa perierint, praestari a venditore emtori debere. Tempus itaque venditionis spectandum est, non ad excludenda commoda postmodum heredi obuentura, VOETIVS *ad* D. *tit. de hered. vel act. vend.* §. *3. in f.* sed ne venditor praestatione illarum rerum, quae sine dolo malo aut lata culpa eius, ante hereditatem venditam, perdita sunt, grauetur. De futuris autem commodis ICtorum *d. L. 2.* §. *1. de hered. vel act. vend.* haut locutum esse, vel ex eo patet, quod statum controuersiae §. *1. d. l.* recensens, tantum temporis mortis,

tis, aditae hereditatis, & venditionis, non vero futur temporis, post perfectam venditionem, mentionem faciat. Ex quibus colligi potest, de commodis hereditatis, post perfectam eius venditionem ad emtorem transeuntibus, nullum fuisse dubium. Quin imo ipse ICtus §. 4. c. l. *Non tantum autem*, inquit, *quod ad venditorem hereditatis peruenit, sed & quod ad heredem eius ex hereditate peruenit, restituendum est. Et non solum, quod iam peruenit, sed & quodquod quandoque peruenerit, restituendum est.* Et porro §. 9. d. l. *Sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.*

§. XVIII.

Nec pretium hereditati venditae aequale sit, necesse est. In illis enim emtionibus venditionibus, quae de rebus vel plane incertis, vel incertae qnantitatis ineuntur, nulla pretii atque mercis aequalitas est spectanda, L. 8. §. 1. D. *de contr. emt. vend.* L. 11. §. *vlt.* L. 12. D. *de act. emt. vend.* & remedium L. 2. C. *de rescind. vend.* plane exsulat; VOETIVS *ad* D. *tit. de rescind. emt. vend.* §. 15. quia id actum esse manifestum est, vt, quemadmodum emolumentum negotiationis, ita & periculum ad emtorem pertineat. L. 10. D. *de hered. vel act. vend.* Vendita autem hereditate, ad vires eius partes respexisse non videntur, qunm illa iuris sit vniuersitas, quae augmentum recipit & diminutionem. L. 20. §. 3. D. *de her. pet.* L. 178. §. 1. D *de R. I.* Hinc, teste PAVLLO, quanta hereditas sit, nihil intereſt. L. 14. §. 1. D. *de her. vel act. emt.* Cur ergo absurdum & iniquum erit, si in emtorem lucrum, vel maximum aliquando, ex hereditate redundet,

quum

quum interdum vel tota hereditas damnosa sit? arg. *L. 10* D. *de reg. iur.* L. *119.* D. *de V. S.* Vnde nec in hereditatis venditione L. 2. *C. de rescind. vend.* vllum contrahentibus praestabit auxilium. Immo si etiam venditor aliquam quantitatem substantiae hereditatis adfirmauerit, de eo tantum actum videtur, vt minimum definita quantitas praestetur, id vero, quod excedit, emtor lucretur. Multo minus ergo & in hac specie futuri temporis commoda ad venditorem pertinebunt.

§. XIX.

Quibus expositis, etiam quartum argumentum VINNII collabitur, quod nimirum *d. l. 2. pr.* §. *4. & 18. de her. vel act. vend.* vbi dicitur: quod venditum intelligatur ius omne heredis: quod ad emtorem transeat quantum penes venditorem est, vel quandoque ad eum peruenturum est: quod emtor vicem heredis obtineat: accipienda sit, de parte ipsa, de qua sola inter contrahentes actum sit. Nam illud, quod iure adcrescendi venit, non noua quaedam pars hereditatis, sed potius prioris partis incrementum est. Suspicor tamen hanc VINNIO sententiam fuisse, admodum obscure enim mentem suam declarauit, dictae L. 2. §. 4. verba: *quod quandoque peruenerit restituendum est:* non de futuris commodis, sed de singulis rebus hereditariis loqui, quae ipsae quidem penes venditorem non sunt, quarum tamen actionem ille habet. Sed si etiam ponamus, *d.* §. *4.* nihil de futuris commodis statuere, ob hanc tamen solam rationem emtor hereditatis futuris commodis non carebit, quum ex ipsa venditionum natura, post perfectum negotium, omne lucrum & commodum futu-

rum,

est, naturam indagauerimus. Non solum autem ea, quae iure adcrescendi ad venditorem hereditatis iam peruenerunt, emtor actione emti consequitur, sed illa quoque, quae adhuc peruentura sunt *vtili*, quin cessis actionibus *directa hereditatis petitione* a quocumque tertio possessore vindicat. Quod, vt clarius pateat, & vt eo certius de fundamento harum actionum constet, operae pretium erit, inquirere, quaenam iura heres adeundo hereditatem, nanciscatur, quibus obligationibus reddatur obnoxius, quaeque iura & obligationes in hereditatis emtorem deriuari possint, quae tandem vendita hereditate in ipsum collata videantur.

§. XXII.

Nonnulla ex his iuribus ita sunt comparata, vt soli heredi, ob certas personae eius qualitates, sine respectu ad hereditatem quaesitam, competant, & sic *ad illa iura, quae ex statu personarum descendunt*, sint referenda. Hae autem qualitates personae solius heredis inhaerentes, quum in alium quemdam deriuari nequeant, iura quoque, illas qualitates respicientia, heredis personam non egrediuntur, & hinc nec ad heredis heredes, nec ad alias personas transeunt, & non nisi morte & capitis deminutione exspirant. *arg. L.* 43. *§.* 3. *in f. D. de vulg. & pupill. subst.* His iuribus potissimum adnumeranda sunt nomen heredis iura sepulcrorum hereditariorum, arg. *L.* 42. *§.* 1. *D. ad SCtum Treb.* legata & fideicommissa sub conditione: *si mibi heres erit:* vni ex coheredibus vtiliter relicta, substitutiones, tam vulgares, quam pupillares sub conditione, *si mibi heres erit:* aut: *quisquis mibi heres erit:* vtiliter factae. *vid.* §. V. Quae omnia

aditio-

aditionis factum tantummodo respiciunt, quippe quod instar conditionis est, cui semel paruisse sufficit, nisi contraria testatoris voluntas adpareat. Non ergo ad iura illa consequenda, necesse est, heredem institutum priorem hereditatem adhuc possidere. Quam ob caussam alienata, aut quocumque alio modo amissa hereditate, nomen heredis, iura sepulcrorum hereditariorum, legata & fideicommissa, heres institutus retinebit. Quo nomine haut obscurum est, cur heres institutus, qui tacitam fidem adcommodauit, vt non capaci, partem ex eo, quod acciperet, daret, & hinc illius partis, quam restituere promiserat, iacturam fecit, interueniente nimirum fisco, nihilo tamen minus ad substitutionem impuberis admittatur, pro ea parte, pro qua scriptus fuit in prima institutione, (partes enim in institutione factae, in substitutione repetitae censentur) non vero pro ea parte tantum, quam cepit, quum sufficiat ipsum semel adeundo heredem effectum esse, nec intuitu horum iurium, heredem esse desiisse. *L. 43. §. 3. D. de vulg. & pupill. subst.* iunct. *L. 43. D. de iure fisci.* Vnico tantum casu substitutio pupillaris sub conditione, *quisquis mihi heres erit:* vtiliter facta, hereditatem priorem sequitur, & sic ad quemcumque hereditatis possessorem, peruenit, si nimirum delatae substitutionis tempore, nullus ex institutis heredibus adhuc in vita sit. *L. 59. D. de adqu. vel om. hered. vid. §. V. in fine.* Obligationum etiam, quae ex hereditatis aditione veniunt, aliquae solius heredis instituti personam deuinciunt, si alius eadem ratione illis satisfacere nequeat, & hinc nec in heredis heredem, nec in aliam quamdam personam, possunt transferri, sed morte demum aut capitis deminutione

T ex-

exſtinguantur. Huc pertinent ſubſtitutiones ſub conditione: *ſi mihi heres erit*, vel; *quisquis mihi heres erit*, factae, quae neceſſitate adſtringunt heredem inſtitutum, vt adita priori hereditate ex inſtitutione, alteram ex ſubſtitutione, non poſſit praetermittere. L. 20. *C. de iure delib. vid.* §. V. Eiusdem naturae eſt obligatio heredis, ad modum, a teſtatore praeſcriptum, adimplendum, poſtquam voluntatem teſtatoris adeundo hereditatem ex parte adgnouit, niſi modus ita ſit comparatus, vt ab alio, ſimili ratione poſſit impleri. arg. L. *vn.* §. *9. in med. C. de cad. toll.* Haec autem iura & obligationes, quum ab heredis perſona non poſſint ſeparari, & hinc ipſi ſine reſpectu ad hereditatem adquiſitam, competant, vendita, aut alio modo alienata hereditate, ab illo non diſcedunt. Vnde contingit, vt heres, intuitu illorum iurium & obligationum, etiam vendita, aut alio modo amiſſa hereditate, adhuc pro herede habeatur. arg. L. 7. §. *10. de minor.* L. 43. §. 3. *in f.* D. *de vulg. & pup. ſubſt.*

§. XXIII.

Nonnulla autem iura heredi, tamquam hereditatis poſſeſſori, competunt, ſine reſpectu ad qualitatem certam eius perſonae, & hinc tam ad heredis heredes, quam etiam ad vnumquemque hereditatis poſſeſſorem tranſeunt & ſimul cum hereditate transferuntur, pariter quin illa exſpirant. Quorum iurium effectus ſunt, vt heres perſonam defuncti repraeſentet, vt hereditatem, partes hereditarias, & ideo ea quoque, quae iure adcreſcendi veniunt, a quouis poſſeſſore vindicare, & debita hereditaria exigere poſſit. Obligationum pariter aliquae heredem, non habita ratione qualitatis alicuius, perſonae illius

illius inhaerentis, ob possessionem hereditatis tantum, vel ob quasi contractum aditionis hereditatis, obstringunt, & hic ad heredis heredes non minus, ac ad alium quemque transferri possunt. Quorsum pertinent *legata*, *fideicommissa*, & *reliqua debita hereditaria.* Iura autem supra enarrata, quum hereditatem, non vero personam heredis sequantur, vendita hereditate emtorem hereditatis spectant, qui eam ob caussam vicem heredis, & sic, per intermediam personam, defuncti vicem obtinet. *vid. L. 2. ff. 18. D. de hered. vel act. vend.* Et licet hereditatis venditor, nondum in iure cessa hereditate, iure hereditario adhuc fruatur, & sic omnes actiones hereditarias recte intendat, hereditatis emtor tamen hereditatem sibi venditam, a quocumque tertio possessore, (non tamen ab ipso venditore, quippe cum quo ex vendito agendum, arg. *L. 3. ff. 1. D. de fid. hered. petit.* iunct. *L. 54. pr. de hered. pet.*) ex rescripto D. PII, vtili hereditatis petitione vindicabit, *L. 16. D. de pactis. L. 54. pr. D. de her. pet.* & vtiles actiones contra debitores hereditarios instituet. *L. 5. C. de her. vel act. vend.* Quum vero ius adcrescendi, quod in hereditate & similibus obtinet, portionem hereditariam sequatur, §. III–VI. & simul cum hereditate venditum censeatur, §. XII. XIII. nec non eiusdem hereditatis venditae pars esse videatur, arg. *L. vn. ff. 10. C. de cad. toll.* hinc, quodcumque adcreuerit, vtili hereditatis petitione a quouis tertio possessore emtor vindicabit, & debita hereditaria, partis adcrescentis, a debitoribus vtili actione consequetur. Quin, simulac hereditatis emtor vtiles actiones praeparauit, id quod vel solo denunciatione factum existimandum, *L. 7. D. de inoff.*

etiam venditae hereditatis commoda, & hinc ea quoque quae iure adcrefcendi quaefita funt, hac actione venient.

§. XIV.

Leue eft dubium, quod ius adcrefcendi in contractibus, & ideo nec in emtione venditione hereditatis, non locum habeat. Aliud enim eft, *in contractu* locum habere, aliud *ex contractu* adquiri. Illud contingeret in emtione venditione hereditatis fi vni ex emtoribus pars quaedam hereditatis venditae vel obligationis venditoris, alteri iam quaefita adcrefceret, hoc vero accidit, fi ipfum ius adcrefcendi ex iure hereditario defcendens, vel lucrum per illud adquifitum, ad hereditatis emtorem, pro portione, quam emit, transeat. Priori cafu quidem *ius adcrefcendi exulabit.* Contractus enim pro rata iniri omnino poffunt, & pro rata initi femper cenfentur, quum vnusquisque pro fe tantum, & fuis heredibus, contraxiffe videatur. Vnde nec alter contrahentium ex alterius contractu, obligatur, nec aliquid adquirit, nifi aut natura negotii, aut legis difpofitio, aut contrahentium voluntas, contrarium efficiant. Pofteriori cafu autem *ius adcrefcendi fine vllo dubio obtinebit.* Ipfae enim leges emtori lucra rei venditae tribuunt, L. 7. *pr.* D. *de peric. & comm. rei vend.* ex quorum numero ius adcrefcendi effe, fupra demonftrauimus.

§. XV.

Haec tamen obiectio aliquam fpeciem prae fe fert, *quod pacta ad non cogitata non fint extendenda,* L. 34. D. *de R. I.* nec ideo hereditatis emtor ea lucrari pof-

possit, quae simul vendita haut censeantur. Verisimile autem plerisque non videtur, de eo inter partes actum esse, vt commoda, iure adcrescendi quaesita, ad emtorem spectent. Amplectitur hanc sententiam VINNIVS *select. quaest. lib. I. quaest. 55. p. 354.* eamque quatuor argumentis confirmare studet, nimirum 1) quod, an quid ex iure adcrescendi ad venditorem peruenturum aliquando esset, & venditor & emtor ignorauerint, 2) quod teste VLPIANO L. 2. §. 1. *de hered. vel act. vend.* plerumque hoc agi videatur, vt, quod ex hereditate peruenerit in id tempus, quo venditio fiat, id videatur venisse, 3) quod pretium respondere debeat rei venditae, *L. 63. D. ad L. Falcid.* & absurdum & iniquum videatur, si heres sextante aut quadrante, ex quo institutus est, vendito, idque pretio valori rei, siue pro portione, respondenti, cogeretur partem longe maiorem, & forte triplo aut quadruplo adcrescentem, postea ad emtorem transferre, 4) quod illa quae in *L. 2. pr. §. 4. 18. D. de hered. vel act. vend.* occurrant, quod venditum intelligatur ius omne heredis: quod ad emtorem transeat, quantum penes venditorem est, vel quandoque ad eum peruenturum est: quod emtor vicem heredis obtineat: accipienda sint de parte ipsa vendita, de qua sola inter coheredes actum sit. In quam sententiam, eisdem fere argumentis & ZOESIVS abit *comm. ad Dig. tit. de legat. §. 60. & 64.*

§. XVI.

Primum tamen argumentum statim corruit, si perpendas, etiam in reliquis emtionibus venditionibus contrahentes diuinare haut posse, num praediis venditis adluuione aliquid accessurum sit, num quis ser-

seruis distractis aliquid donaturus, vel vltima voluntate relicturus, num ex operis seruorum aliquid magni momenti peruenturum, num venditor intuitu rerum venditarum actionem furti, L. Aquiliae, aut similes adquisiturus sit, & quae sunt reliqua: & nihilo tamen minus haec omnia vendita censentur, & ad emtorem transeunt vid. §. XIII. Nec inique. Nam de iis omnibus, quae ex legum dispositione emtoris commodo cedunt, partes quoque sensisse intelliguntur, vel saltem sentire debuerunt. Nec vllo facti ignorantia eos excusabit, quum vnusquisque facile intelligat, vel sane intelligere debeat, accidere aliquando posse, vt eiusmodi lucra rerum venditarum commodum augeant. Multo minus iuris ignorantia ipsos defender, quippe quae adquirere volentibus numquam prodest. *L. 10. D. de iur. facti ignor.*

§. XVII.

Nec VLPIANVS *de L. 2. §. 1. D. de her. vel act. vend.* contrariam fouet sententiam: *In hereditate vendita*, inquiens, *vtrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit, cum aditur hereditas: an ea, quae fuit, cum hereditas venumdatur, videndum erit? Et verius hoc esse seruandum, quod actum est: plerumque tamen hoc agi videtur, vt, quod ex hereditate peruenit, in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse.* Quid autem peruenisse dicatur, & a venditore praestandum sit, sequenti §. 3. & 5. eleganter explicat: *Peruenire ad venditorem hereditatis*, ait scilicet, *quo modo videatur, quaeritur? Et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum peruenisse, quatenus mandare potest earum rerum per-*

secu-

ſecutionem, actionesque tribuere: enimuero vbi corpora nactus eſt, vel debita exegerit, plenius ad eum perueniſſe videri. Sed etſi rerum venditarum ANTE HEREDITATEM VENDITAM, *pretia fuerit conſecutus, palam eſt, ad eum pretia rerum perueniſſe, ſed & ſi quid aeris alieni eſt, vel cuius alterius oneris hereditarii, perueniſſe merito negabitur. Sed & rerum* ante venditionem *donatarum pretia praeſtari, aequitatis ratio exigit.* §. V. *Sed & ſi quid dolo malo eorum* (heredum venditoris) *factum eſt, quo minus ad eos perueniat, & hoc emtori praeſtandum eſt. Feciſſe autem dolo malo, quo minus perueniat, videtur, ſiue alienauit aliquid, vel etiam accepto quem liberauit, vel id egit dolo malo, ne de hereditate acquireretur, vel ne poſſeſſionem adipiſceretur, quam poſſet adipiſci. Sed & ſi non dolo malo, ſed lata culpa admiſerit aliquid, vtique tenebitur. Deperdita autem & diminuta ſine dolo malo venditoris, non praeſtabuntur.* Vnde liquet hanc VLPIANO mentem fuiſſe, quod ea tantum, quae tempore celebratae venditionis adhuc exiſtant, & ex quibus venditor adhuc locupletior ſit, nec non ea, quae venditor alienauerit, aut quae dolo malo eius, aut lata culpa perierint, praeſtari a venditore emtori debere. Tempus itaque venditionis ſpectandum eſt, non ad excludenda cómmoda poſtmodum heredi obuentura, VOETIVS *ad* D. *tit. de hered. vel act. vend.* §. 3. *in f.* ſed ne venditor praeſtatione illarum rerum, quae ſine dolo malo aut lata culpa eius, ante hereditatem venditam, perdita ſunt, grauetur. De futuris autem commodis ICtorum *d. L.* 2. §. 1. *de hered. vel act. vend.* haut locutum eſſe, vel ex eo patet, quod ſtatum controuerſiae §. 1. *d. l.* recenſens, tantum temporis mortis,

tis, aditae hereditatis, & venditionis, non vero futur temporis, post perfectam venditionem, mentionem faciat. Ex quibus colligi potest, de commodis hereditatis, post perfectam eius venditionem ad emtorem transeuntibus, nullum fuisse dubium. Quin imo ipse ICtus §. 4. *c. l. Non tantum autem*, inquit, *quod ad venditorem hereditatis peruenit, sed & quod ad heredem eius ex hereditate peruenit, restituendum est. Et non solum, quod iam peruenit, sed & quodquod quandoque peruenerit, restituendum est.* Et porro §. 9. *d. l. Sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.*

§. XVIII.

Nec pretium hereditati venditae aequale sit, necesse est. In illis enim emtionibus venditionibus, quae de rebus vel plane incertis, vel incertae quantitatis ineuntur, nulla pretii atque mercis aequalitas est spectanda, L. 8. §. 1. D. *de contr. emt. vend.* L. 11. §. *vlt.* L. 12. D. *de act. emt. vend.* & remedium L. 2. C. *de rescind. vend.* plane exsulat; VOETIVS *ad* D. *tit. de rescind. emt. vend.* §. 15. quia id actum esse manifestum est, vt, quemadmodum emolumentum negotiationis, ita & periculum ad emtorem pertineat. L. 10. D. *de hered. vel act. vend.* Vendita autem hereditate, ad vires eius partes respexisse non videntur, quum illa iuris sit vniuersitas, quae augmentum recipit & diminutionem. L. 20. §. 3. D. *de her. pet.* L. 178. §. 1. D *de R. I.* Hinc, teste PAVLLO, quanta hereditas sit, nihil interest. L. 14. §. 1. D. *de her. vel act. emt.* Cur ergo absurdum & iniquum erit, si in emtorem lucrum, vel maximum aliquando, ex hereditate redundet,

quum

quum interdum vel tota hereditas damnosa sit? arg. *L. 10.* D. *de reg. iur.* L. 119. D. *de V. S.* Vnde nec in hereditatis venditione L. 2. *C. de rescind. vend.* vllum contrahentibus praestabit auxilium. Immo si etiam venditor aliquam quantitatem substantiae hereditatis adfirmauerit, de eo tantum actum videtur, vt minimum definita quantitas praestetur, id vero, quod excedit, emtor lucretur. Multo minus ergo & in hac specie futuri temporis commoda ad venditorem pertinebunt.

§. XIX.

Quibus expositis, etiam quartum argumentum VINNII collabitur, quod nimirum *d. l. 2. pr. §. 4. & 18. de her. vel act. vend.* vbi dicitur: quod venditum intelligatur ius omne heredis: quod ad emtorem transeat quantum penes venditorem est, vel quandoque ad eum peruenturum est: quod emtor vicem heredis obtineat: accipienda sit, de parte ipsa, de qua sola inter contrahentes actum sit. Nam illud, quod iure adcrescendi venit, non noua quaedam pars hereditatis, sed potius prioris partis incrementum est. Suspicor tamen hanc VINNIO sententiam fuisse, admodum obscure enim mentem suam declarauit, dictae L. 2. §. 4. verba: *quod quandoque peruenerit restituendum est:* non de futuris commodis, sed de singulis rebus hereditariis loqui, quae ipsae quidem penes venditorem non sunt, quarum tamen actionem ille habet. Sed si etiam ponamus, *d.* §. 4. nihil de futuris commodis statuere, ob hanc tamen solam rationem emtor hereditatis futuris commodis non carebit, quum ex ipsa venditionum natura, post perfectum negotium, omne lucrum & commodum futurum,

rum, ad emtorem pertineat. Quin verba VLPIANI, quae sequuntur §. 9. *sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eumdem respicere:* tam clara sunt, vt ea de futuris commodis & incommodis accipienda esse, nemo non intelligat. Ostendam autem VLPIANVM *d.* §. 4. non de singulis rebus hereditariis, quarum actio tantum penes venditorem est, sed de futuris commodis disseruisse, dicentem: *quod quandoque peruenerit, restituendum esse.* Nam idem §. 3. *d. l.* 2. *de hered. vel act. vend. peruenisse ad venditorem hereditatis*, inquit, *quomodo videatur, quaeritur? Et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum peruenisse, quatenus mandare potest earum rerum persecutionem, actionesque tribuere.* Vnde adparet, illas res, quarum actionem venditor habet, iuris intellectu ad eum iam peruenisse. vid. arg. L. 143. D. *de V. S.* L. 15. D. *de R. I.* Nihil ergo amplius restat, de quo verba VLPIANI *d.* §. 4. *quod quandoque peruenturum est*: interpretari possumus, quam de futuris commodis & incommodis. Ius adcrescendi autem inter illa commoda, quae post perfectam venditionem hereditatis, ad emtorem transeunt, referendum esse, ex illis quae §. III-VI. diximus, liquet.

§. XX.

Nec illud multum obest, quod secundum *L.* 2. §. 7. *D. de hered. vel act. vend.* si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, hoc retineat. Commodorum enim circa hereditatem venditam obuenientium duo sunt genera. Alia enim ex ipsa hereditate proueniunt, quum caussa eorum in hereditate sit po-

sita,

ſita, & hinc ipſam hereditatem ſequuntur: quorſum pertinent fructus, acceſſiones ius adcreſcendi, & quae ſunt eius generis reliqua. Alia vero tantum occaſione hereditatis obueniunt, quum cauſſa eorum principalis non ſit ipſa hereditas, ſed potius factum venditoris, licet illa eorum adquirendorum anſam venditori praebuerit. Quae etiam ideo non hereditati, ſed perſonae adquirentis cedunt, quippe qui non hereditatis, ſed ſuum potius negotium geſſiſſe videtur. Quum autem lucra hereditatis tantum in emti actione veniant, hinc, quodcumque venditor, hereditatis quidem occaſione, ſuo tamen nomine percepit, apud eum manebit. Recte ergo adferit VLPIANVS *L. 2. §. 7. de hered. vel act. vend.* indebitum, quod hereditatis venditor exegit, in illam non reputari. Quibus omnibus conſideratis, clarum erit, ex praepoſitis verum quidem eſſe, quod ea, quae occaſione hereditatis adquirantur, venditorem ſpectent, ſed exinde non effici, vt etiam iure adcreſcendi accepta venditor retinere poſſit, quum ab illis, quae perſonam reſpiciunt, ad ea, quae rem ſequuntur, non valeat conſecutio. Eoque certius hoc redditur, quum & verus heres quaeuis commoda iure adcreſcendi percepta, ab hereditatis poſſeſſore, hereditatis petitione perſequi poſſit, & tamen indebitum occaſione hereditatis acceptum, illius quondam poſſeſſor retineat. *L. 20. §. 18. D. de hered. pet.*

§. XXI.

Quae vero argumentorum rationes hucusque ex indole ipſius iuris adcreſcendi, pariter ac contractus venditionis congeſta ſunt, vlterius confirmabantur, ſi hereditatis petitionis, qua emtor minime priuandus eſt,

est, naturam indagauerimus. Non solum autem ea, quae iure adcrescendi ad venditorem hereditatis iam peruenerunt, emtor actione emti consequitur, sed illa quoque, quae adhuc peruentura sunt *vtili*, quin cessis actionibus *directa hereditatis petitione* a quocumque tertio possessore vindicat. Quod, vt clarius pateat, & vt eo certius de fundamento harum actionum constet, operae pretium erit, inquirere, quaenam iura heres adeundo hereditatem, nanciscatur, quibus obligationibus reddatur obnoxius, quaeque iura & obligationes in hereditatis emtorem deriuari possint, quae tandem vendita hereditate in ipsum collata videantur.

§. XXII.

Nonnulla ex his iuribus ita sunt comparata, vt soli heredi, ob certas personae eius qualitates, sine respectu ad hereditatem quaesitam, competant, & sic *ad illa iura, quae ex statu personarum descendunt*, sint referenda. Hae autem qualitates personae solius heredis inhaerentes, quum in alium quemdam deriuari nequeant, iura quoque, illas qualitates respicientia, heredis personam non egrediuntur, & hinc nec ad heredis heredes, nec ad alias personas transeunt, & non nisi morte & capitis deminutione exspirant. *arg. L. 43. §. 3. in f. D. de vulg. & pupill. subst.* His iuribus potissimum adnumeranda sunt nomen heredis iura sepulcrorum hereditariorum, arg. *L. 42. §. 1. D. ad SCtum Treb.* legata & fideicommissa sub conditione: *si mihi heres erit:* vni ex coheredibus vtiliter relicta, substitutiones, tam vulgares, quam pupillares sub conditione, *si mihi heres erit:* aut: *quisquis mihi heres erit.:* vtiliter factae. *vid.* §. V. Quae omnia

aditio-

aditionis factum tantummodo respiciunt, quippe quod instar conditionis est, cui semel paruisse sufficit, nisi contraria testatoris voluntas adpareat. Non ergo ad iura illa consequenda, necesse est, heredem institutum priorem hereditatem adhuc posſidere. Quam ob caussam alienata, aut quocumque alio modo amissa hereditate, nomen heredis, iura sepulcrorum hereditariorum, legata & fideicommissa, heres institutus retinebit. Quo nomine haut obscurum est, cur heres institutus, qui tacitam fidem adcommodauit, vt non capaci, partem ex eo, quod acciperet, daret, & hinc illius partis, quam restituere promiserat, iacturam fecit, interueniente nimirum fisco, nihilo tamen minus ad substitutionem impuberis admittatur, pro ea parte, pro qua scriptus fuit in prima institutione, (partes enim in institutione factae, in substitutione repetitae censentur) non vero pro ea parte tantum, quam cepit, quum sufficiat ipsum semel adeundo heredem effectum esse, nec intuitu horum iurium, heredem esse desiisse. *L. 43. §. 3. D. de vulg. & pupill. subst.* iunct. *L. 43. D. de iure fisci.* Vnico tantum casu substitutio pupillaris sub conditione, *quisquis mihi heres erit*: vtiliter facta, hereditatem priorem sequitur, & sic ad quemcumque hereditatis possessorem, peruenit, si nimirum delatae substitutionis tempore, nullus ex institutis heredibus adhuc in vita sit. L. *59. D. de adqu. vel om. hered. vid.* §. V. *in fine.* Obligationum etiam, quae ex hereditatis aditione veniunt, aliquae solius heredis instituti personam deuinciunt, si alius eadem ratione illis satisfacere nequeat, & hinc nec in heredis heredem, nec in aliam quamdam personam, possunt transferri, sed morte demum aut capitis deminutione

T ex-

exstinguantur. Huc pertinent substitutiones sub conditione: *si mihi heres erit*, vel; *quisquis mihi heres erit*, factae, quae necessitate adstringunt heredem institutum, vt adita priori hereditate ex institutione, alteram ex substitutione, non possit praetermittere. L. *20. C. de iure delib. vid.* §. V. Eiusdem naturae est obligatio heredis, ad modum, a testatore praescriptum, adimplendum, postquam voluntatem testatoris adeundo hereditatem ex parte adgnouit, nisi modus ita sit comparatus, vt ab alio, simili ratione possit impleri. arg. L. *vn.* §. *9. in med. C. de cad. toll.* Haec autem iura & obligationes, quum ab heredis persona non possint separari, & hinc ipsi sine respectu ad hereditatem adquisitam, competant, vendita, aut alio modo alienata hereditate, ab illo non discedunt. Vnde contingit, vt heres, intuitu illorum iurium & obligationum, etiam vendita, aut alio modo amissa hereditate, adhuc pro herede habeatur. arg L. 7. §. *10. de minor.* L. 43. §. 3. *in f.* D. *de vulg. & pup. subst.*

§. XXIII.

Nonnulla autem iura heredi, tamquam hereditatis possessori, competunt, sine respectu ad qualitatem certam eius personae, & hinc tam ad heredis heredes, quam etiam ad vnumquemque hereditatis possessorem transeunt, & simul cum hereditate transferuntur, pariter quin illa exspirant. Quorum iurium effectus sunt, vt heres personam defuncti repraesentet, vt hereditatem, partes hereditarias, & ideo ea quoque, quae iure adcrescendi veniunt, a quouis possessore vindicare, & debita hereditaria exigere possit. Obligationum pariter aliquae heredem, non habita ratione qualitatis alicuius, personae illius

illius inhaerentis, ob possessionem hereditatis tantum, vel ob quasi contractum aditionis hereditatis, obstringunt, & hic ad heredis heredes non minus, ac ad alium quemque transferri possunt. Quorsum pertinent *legata*, *fideicommissa*, & *reliqua debita hereditaria.* Iura autem supra enarrata, quum hereditatem, non vero personam heredis sequantur, vendita hereditate emtorem hereditatis spectant, qui eam ob caussam vicem heredis, & sic, per intermediam personam, defuncti vicem obtinet. *vid. L. 2. §. 18. D. de hered. vel act. vend.* Et licet hereditatis venditor, nondum in iure cessa hereditate, iure hereditario adhuc fruatur, & sic omnes actiones hereditarias recte intendat, hereditatis emtor tamen hereditatem sibi venditam, a quocumque tertio possessore, (non tamen ab ipso venditore, quippe cum quo ex vendito agendum, arg. *L. 3. §. 1. D. de fid. hered. petit.* iunct. *L. 54. pr. de hered. pet.*) ex rescripto D. PII, vtili hereditatis petitione vindicabit, *L. 16. D. de pactis. L. 54. pr. D. de her. pet.* & vtiles actiones contra debitores hereditarios instituet. *L. 5. C. de her. vel act. vend.* Quum vero ius adcrescendi, quod in hereditate & similibus obtinet, portionem hereditariam sequatur, §. III–VI. & simul cum hereditate venditum censeatur, §. XII. XIII. nec non eiusdem hereditatis venditae pars esse videatur, arg. *L. vn. §. 10. C. de cad. toll.* hinc, quodcumque adcreuerit, vtili hereditatis petitione a quouis tertio possessore emtor vindicabit, & debita hereditaria, partis adcrescentis, a debitoribus vtili actione consequetur. Quin, simulac hereditatis emtor vtiles actiones praeparauit, id quod vel solo denunciatione factum existimandum, *L. 7. D. de inoff.*

test. venditori exceptione ſubmoto, praeferendus eſt emtor in actionibus hereditariis inſtituendis, arg. *L. 55. D. de proc. L. 3. C. de nouat.* Hinc prono fluit alueo, emtorem quoque hereditatis, praeparata ſimul vtili actione, in perſequendis illis quae adcreuerunt, venditori anteponendum eſſe. Ceſſione demum in iure facta, ius ipſum hereditarium in hereditatis emtorem tranſit, *vid.* VLP. FRAGM. *XIX. ſſ. 2. & 11.* qui hanc ob cauſſam directis actionibus tam debita hereditaria, quam etiam hereditatem ipſam, & quae illi adcreuerunt, perſequetur. Quare venditor vel ante denunciationem hereditatis poſſeſſori, vt debitori hereditario factam, hereditarias actiones inſtituens, exceptione repelletur, & ſic nulla ratione ius adcreſcendi exercere poteſt. Obligationum heredis, quae in alium transferri poſſunt, aliquae ipſam hereditatem vel res hereditarias ſequuntur, & hinc ſimul cum hereditate & rebus hereditariis *ad hereditatis emtorem transeunt.* Hinc illarum quoque intuitu, emtor vicem heredis obtinebit *L. 2. ſſ. 18. D. de hered. vel act. vend.* & ſic hereditaris petitione vtili, a vero herede, & actionibus realibus a creditoribus hereditariis conuenietur. Obligationum contra, nonnullae quaſi contractum aditionis hereditatis reſpiciunt, & ideo vendita aut ceſſa hereditate, emtorem hereditatis, licet ille defendere hereditatis venditorem ſemper teneatur, *L. 156. §. 3. D de reg. iur.* non obſtringunt, niſi facta delegatione aut interpoſitâ emtae & venditae hereditatis ſtipulatione, vel pacto in continenti adiecto. *L. 22. C. de donat. vid. L. 3. C. de nouat. L. 2. C. de her. vel act. vend. ſſ 6. Inſt. de fideic. hered.* Quo priori caſu *debitores hereditarii contra ipſum etiam*

in

inuitum agere possunt. Posteriori autem casu, interposita stipulatione, ex stipulatu, adiecto vero in continenti pacto, *actione praescriptis verbis, emtor hereditatis a venditore, ad adimplenda promissa de soluendis debitis hereditariis, compelli potest. vid.* L. *9.* L. *22. C. de donat.* Vnde sequitur, & ratione harum obligationum venditorem hereditatis heredem manere, VLPIAN. FRAGM. *XIX. §. 14.* vsque dum delegatione, aut solutione, aut alio modo illae ab herede discesserint. Huc pertinet obligat o heredis ad legata & fideicommissa praestanda, quae ex solo quasi contractu aditionis descendit, nec non obligatio ad debita defuncti soluenda, quae per aditionis quasi contractum nouantur, conseruatis tamen prioris obligationis commodis simili modo, ac in litis contestatione. arg. *L. 29. D. de nouat.* Hae omnes ergo obligationes, vendita & cessa hereditate heredem adhuc deuinciunt. *L. 2, C. de hered. vel act. vend.* VLPIANVS FRAGM. *XIX. §. 14.*

§. XXIV.

Dissentit a nobis VOETIVS, *comm. ad D. tit. de hered. vel act. vend. §. 3.* & inter ipsum ius adcrescendi, & inter adquirenda ex eo iure emolumenta distinguit, & illud penes heredum manere, haec vero emti actione ab emtore peti posse, opinatur. *Ius ipsum quod attinet*, inquit, *illud penes hereditatis venditorem, etiam post venditionem remanere puto. Cum enim coheredi portio coheredis deficientis adcrescere debeat, venditor autem non obstante venditione heres manserit, secundum ante dicta, nec emtorem vendendo heredem fecerit, necesse fuit, vt ipse, qua heres, hoc iure gauderet, eo modo, quo & heredi fiduciario, post restitutionem suae partis, accrescit portio cohere-*

 dis

dis postea deficientis. L. Papinianus 43. ad SCtum Treb. Non obstante eo, quod nihil accrescat ei, cui vt indigno hereditas ablata est, dum tacite fidem de parte, in qua institutus est, incapaci accommodauit. L. 81. D. de adqu. vel om. her. Non enim accrescit, quia lex ipsa ei ademit hereditatis emolumenta, quatenus promiserat restitutionem, ipsumque, etiam ante aditionem, & viuo adhuc testatore indignum censuit, cui saluum esset ex aditione lucrum partis incapaci restituendae. Quae autem VOETII distinctio ex illis, quae supra diximus, facile potest labefactari. Licet enim venditor hereditatis, nondum cessis actionibus, iure hereditario adhuc gaudeat, emtor tamen ex rescripto D. PII vtique exercet actiones. Non ergo est, cur intuitu adcrescentium commodorum, quae partem hereditariam sequuntur, & hinc, etiam ex ipsius VOETII sententia vendita censetur, actiones vtiles contra tertium possessorem emti sint denegandae. Alioquin enim nec partem hereditatis principalis venditam, vtili hereditatis petitione emtor vindicare posset, quod tamen nemo facile adfirmabit. Quin, cessa hereditate, ipsum ius hereditarium in emtorem hereditatis deriuatur. Quare & ius adcrescendi, quod sine dubio pars iuris hereditarii erit, & partem hereditariam sequitur, cessa hereditate principali, ad emtorem transit. Obscura sunt quae VOETIVS c. l. porro adserit: *coheredi portionem deficientis coheredis adcrescere debere.* Portiones enim deficientes, quae iure adcrescendi veniunt, non personae heredis adcrescunt, quemadmodum VOETIVS c. l. existimare videtur, sed portioni hereditariae; id quod §. III–VI. iam satis demonstrauimus. Immo VOETIVS ipse sibi eodem titulo contrarius est, dicens: *cumque ius adcrescendi,*

non

non alia ex caussa competat, quam quia quis ex parte heres est, sequitur, eum, qui propter indignitatem, ex ea parte, ex qua heres institutus erat, vere, & cum effectu heres non est, etsi forte de facto adiisset, immo adeundo heres effectus esset, nec perderet nomen heredis, postquam ei res ita relictae ablatae sunt. L. 43. §. 3. D. de vulg. & pupill. subst. non posse vllum sibi arrogare ius adcrescendi. Quis vero hereditatis venditorem intuitu partis venditae, & cessae, adhuc cum effectu heredem esse, sibi persuadet? Quam ob caussam nec secundum VOETII adserta, iam relata venditor iure adcrescendi fruetur. Nec hoc nobis refragatur, *quod heres non obstante venditione heres maneat*, quum id tantum de iuribus, heredis solius personam respicientibus, & de obligationibus in hereditatis emtorem, delegatione nondum translatis, sit intelligendum. *vid.* §. XRII, Multo minus *L. 43. D. ad SCtum Treb.* probabit, ius adcrescendi penes heredem manere, eiusque emolumenta demum per intermediam heredis personam ad emtorem peruenire, quum nec illud ibi adseratur, heredem fiduciarium, restituta hereditate, ius adcrescendi retinere. VLPIANVS enim *d. L. 43. ad SCtum Treb. Papinianus tractat*, inquit, *si quis heres institutus ex semisse, rogatus sit restituere hereditatem, & eam suspectam dicens, compulsus adiit, deinde fideicommissarius ignarus sit, accreuisse portionem post restitutionem, scripto heredi, an ei opus sit alia actione? & ait securum esse eum posse, de illo plane (loco) solo quaerendum, ait, an ei opus sit noua restitutione, posteaquam portio accreuit.* Negat enim ICtus, in praedicta specie opus esse fideicommissario noua actione, ad compellendum heredem, vt portionem adcrescentem adeat. Sed cur? Quo-

 niam

niam nimirum adgnita vna parte hereditaria, reliquae deficientes ipso iure illi adcrescant. De eo solo dubitat PAPINIANVS, num fideicommissario tunc opus sit noua restitutione, an restituta priori hereditatis parte, pars quoque de nouo adcrescens, restituta censeatur. Nec tamen controuersiae definitionem addit. Quae ergo ex illo principio est desumenda, quod restituto toto, etiam singulae eius partes restitutae videantur. Consentit glossa ad hanc legem. *L.* autem 83. *D. de adqu. vel om. her.* VOETII opinionem omnino infringet. Non enim is, cui ob tacitam fidem adcommodatam, ea pars, quam restituere promisit, tamquam indigno a fisco erepta est, ideo iure adcrescendi caret, quod lex separatim ei quoque ius adcrescendi abstulerit, sed quod ius adcrescendi partem hereditariam spectet, quam eiusmodi indignus non amplius habet.

§. XXV.

Nullius momenti sunt, quae ZOESIVS *comm. ad D. tit. de legat. §. 64.* differit: *Emtor*, inquiens, *vicem quidem heredis sustinet, quoad commoda fructuum perceptorum, & actionum, quae tunc temporis sunt, quo venditur hereditas, non etiam iura & actiones quae postea accedunt, iure adcrescendi.* Quum enim ius adcrescendi partem hereditariam spectet §. III.-VI. & simul cum parte hereditaria principali venditum & cessum censeatur §. XII. XIII. intuitu autem hereditatis venditae, vtilis & cessa hereditate directa hereditatis petitio emtori competat, consequens est, vt & hereditati adcrescentium emolumentorum ratione, vtiles aut directae actiones, emtori concedantur.

§. XXVI.

Mira est sententia TABORIS in adnotationibus ad MEIERI COLLEGIVM ARGENT. *tit. de hered. vel act. vend. §. 13. Transire quidem ad emtorem hereditatis, ius omne, quod venditor habuit, vt venditor; sed non etiam quod habuit, vt heres.* Neque enim actionem aliquam vendiditi heres vendit, aut cedit, sed ipsum ius hereditarium. Idem esset ac si dicere vellem, vendita & tradita domo, illud tantum ius ad emtorem transire, quod venditor habuerit tamquam venditor, sed non etiam quod habuerit tamquam dominus.

X.

X.

DISSERTATIO

DE

ACTIONE PAVLIANA.

§. I.

Quantam ciuium temperantia ſalutis excitat ſpem, tantum luxuria minatur periculum. Creata n vrbe luxuria auaritiam parit, auaritia in audaciam erumpit. Tam foecunda mater flagitiorum eſt luxuria: eoque ſtudioſius eſt cauendum, quo haec peſtifera lues exſtirpetur. Venerabundus circumſpicio *Clementiſſimi noſtri principis* indefeſſam curam, ſanctiſſimasque leges, medelae adferendae deſtinatas. *Ordinationes politicas*, ad compeſcendam libidinem ſaluberrime compoſitas, quis ignorat? Quem fugiunt ſanctiones flagrantiſſimae, immanitatem bona ſua profundentium refrenantes? Quis neſcit, magiſtratibus curam demandatam in cenſendis moribus, cohibendaque prodigalitate? Quam grauibus poenis, in ſuo vitio decoquentes animaduertant leges, peſſimi tantum ignorant. Flauus pilei color ſpumam hanc mortalium ſeiungit ab honeſtorum cohorte, perdit famam, ſqualoſi carceres eum exſpectant, & acerbior quandoque poena hos bipedum nequiſſimos ſequitur. Tanta eſt cura *Clementiſſimi patris patriae*, vt luxuria reprimatur, ne & auaritia & audacia corrumpat rempublicam. Quisque iam exſultabit de ſalutis ſpe. Haut adimpleta cernitur; ſed aegroto, dum anima eſt, ſpes eſſe dicitur. Speres ergo. Vereor tamen, vt ſpes te fallat. Dices, legem ſemper loqui. Circumſpice vagabundam libidinem, ad ſummum faſtigium inter ciues euectam, ſpera. Vrgebis, iudicum officium, tanto pondere verborum excitatum, profuſioni limites conſtitututurum eſſe. Opto ardenter. Profligatis autem bonis, ſerius hanc

hanc curam agitari, mihi conuenies. Sed numne exacerbatae, quae proſtant, poenae auocabunt mentes? Rediit ſpes inanis, ſperamus, ſepulta tamen malitia. Quo igitur magis inter ciues luxuries exſplendeſcit, eo mirandum eſt minus, quod tam prodigioſi, peſtiferique partus, auaritia & audacia in republica conſpiciantur. Helluones enim hi nequisſimi, ſi ſcintilla rationis adhuc relicta ipſis eſt, tandem aliquando meditabuntur euentum. Vmbram patrimonii quaerentes, profligata maxima opum parte, moerore angente mentem, in auaritiam prouehunt. Quo poſſint modo rapax conſilium exſequi, die nocteque cogitant. Aleam iam experiuntur, fortunae ſpe tumidi, cogitantes: quod audaces fortuna iuuet. Vndiquaque domus, aleatoribus refertas, alacriter adeunt:

Incidit in Scyllam cupiens vitare Charybdim.

Euacuata tandem omni ſpe auaritiam exſatiandi, funditus exſtirpatis bonis, nihil eſt tam deteſtabile dictu, quod audaciſſima mente non cogitent, exſequuntur haud raro. Ita auaritia, fidem, probitatem omnesque bonas artes euertit. Prolixior eſſet dicendi campus, ſi omnes, quibus aliorum inhiant bonis, machinationes indagare velimus. Inter illas autem principem locum occupat, bonorum, ſi quid adhuc ſupereſt, alienatio, quo eo plenius creditoribus malitiae ſuae memoriam commendent. Neque mediocriter ſibi blandiuntur, ſi ſocios malorum ſibi adſciſcere poſſunt. Quo vero periculoſior haec eſt peſtis, eo ſolertius in refrenanda hac malitia verſandum, creditoribusque opera nauanda eſt.

§. II.

§. II.

Huic consilio egregie seruit *actio Pauliana*, cuius nomen in *L. 38. §. 4. D. de vsur.* occurrit, a praetore introducta, *quae alienationes in creditorum fraudem compositas, infringit.* Iam ante quidem aliqua cautione *Lex Aelia Sentia* obuiam defraudationi iuit, manumissiones in fraudem creditorum susceptas irritans. De reliquo vero, libera alienandi facultas, debitoribus relicta, non raro creditoribus perniciosa erat. Praetor vero animo perpendens, quam sit improbum, depraedationibus fomenta dare, fontes conclusurus, creditoribus hunc exoptatum aditum patefecit impugnandi improbas alienationes. Haec vero *Pauliana actio creditoribus* datur, *aduersus possessorem*, vel *fraudis participem*, vel *lucratiuo titulo possidentem*, *ad res alienatas, ac si non sint alienatae, restituendas.* Quam in rem ipsa concepta *Edicti Praetoris* verba recensebo: *Ait Praetor: quae fraudationis caussa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignorauerit, de his curatori bonorum vel ei, cui ea de re actionem dari oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo, idque etiam aduersus ipsum, qui fraudem fecit, seruabo. L. 1. D. quae in fraud. cred fact.* Quae itaque Praetoris sit sententia, verba ipsa docent. Sed de vero huius actionis fundamento copiosa est commentantium decertatio. Plerique in ficto dominio actionis fontem scrutantur. Fingere praetorem statuentes, dominium, quod debitoris fuit, atque ab eo, quum soluendo non esset, in alios translatum, concurrente tam debitoris quam possessoris fraude, creditoribus quaesitum esse, indeque Imperatorem IVSTI-

NIA-

NIANVM *ʃ. 6. Inſt. de action.* hanc actionem in realium numerum retuliſſe. Sed hi, niſi nimis mihi adſentior, a veritate longe aberrant. Quamuis enim largiar, alia iura, praeter dominium in ſpecie ſic dictum, remiſſa, vt hypothecas, ſeruitutes, comprehendi ſub *ficti dominii* nomine, laxiore ſignificatione, poſſe. Alia tamen perſonalia iura, a quibus forte debitor ſuos debitores relaxauit, & quorum nomine infra actionem Paulianam competere demonſtratum dabo, quo negotio ficto dominio adcenſeri queant, difficile mihi eſt iudicatu. Hoc dum confirmat COCCEIVS *in Iure ciu. controu. ad tit. Dig. quae in fraud. credit. qu. 2.* ipſe in nouum mihi incidere videtur errorem, quum ex ficto pignore, quod creditores, etſi miſſi non ſint in bona alienantis, tamen quum mitti debuerint, & ita pignus conſequi, reuocent, atque ſi pignus iam tum habuiſſent quum in bonis eſſet, originem ducit. Fateor, ſi fictionibus hac in actione locum facere velim, maxime, quoties illa realis actionis indolem habet, dominii fictionem me antepoſiturum eſſe; qui enim in conſideratione habet, miſſionem in poſſeſſionem decretum poſcere, facile perpendet, vix fingi hanc miſſionem poſſe. Neque eius generis fictionem in iure noſtro proditam recordor, quum de ficto dominio haud paucae praetoriae actiones teſtimonium praebeant. Atque quum idem, in quaeſtione antecedente, in realem atque perſonalem diſperſerit Paulianam actionem, ſcire cupidus eſſem, qua ratione perſonalis actio tacito pignore inniti queat. Ne autem longius in errore errem, a fictione, tam dominii, quam pignoris abſtraham men-

mentem. Et meo quidem iudicio restitutio in integrum, quam Praetor creditoribus, alienatione circumscriptis conciliauit, princeps actioni Paulianae sistit fundamentum. Restituit itaque Praetor quoduis ius, quod per alienationem videbatur amissum, siue hoc sit reale, siue personale. Si lucri, quod adquirere potuit, repudiationem exceperis, quo in casu actionem Paulianam deceptis creditoribus auxilium non ferre, in sequentibus ex Iuris Romani principiis tradam. Ne vero aut nouiter excogitata, aut a legibus aliena haec existimes, consulas *ipsas leges, in tit. D. quae in fraud. cred. fact. sunt.* vbi passim, in explanatione verborum edicti, verbum, *reuocare* deprehendes, quod in restitutionibus in integrum adhiberi solitum est. Nec dubitare nos sinit *L. 10. §. 22. D. eod* vbi ita dispositum legitur: *praeterea generaliter sciendum est, ex hac actione* RESTITVTIONEM *fieri oportere* IN PRISTINVM STATVM. Quibus verbis propria maxime significatio restitutionis in integrum inest.

§. III.

Hoc iacto fundamento, omni dubitatione vacat, quod *actio Pauliana realis solummodo actio non fit.* Absonum enim esset, eo iure frui creditores, quod debitori non competiit, cuius personam tamen creditores referunt. Quocirca, si debitor suum debitorem ab obligatione liberauerit, quae nullo pignoris iure stipata erat, creditores, hunc debitorem in pristinam reuocaturi obligationem, personali tantum actione experiri debent. Hoc enim in casu, actio Pauliana indolem tantum habet condictionis, *reale ius nec obtinet, nec intendit.* Hinc in *L. 10. §. 22.* dict.

dict. tit. dicitur: *perinde omnia reuocentur ac si liberatio facta non esset.* Nec aliud verba, L. 17. *pr. eod. per hanc actionem reuocantur in* PRISTINAM OBLIGATIONEM innuunt. Immo, *L. 38. D. de vsuris* penitius introspecta, haud difficili argumento intelligimus, actionem Paulianam in censum actionum personalium venire. In *pr* enim *h. L.* PAVLLVS, materiae pertractandae epitomen daturus dicit: *videamus generatim* (ita enim ex Haloandrina editione, loco verbi: *generali*, sensum corrumpentis, curatius accipiendum) *quando in actione, quae est in personam etiam fructus veniant.* Ac in *§. 4. h. L.* deinde eo *actio Pauliana* refertur. Neque §. 6. *Inst. de action.* contrarium euincit. Non enim habeo cur diffitear, IVSTINIANVM ibi ad actiones reales hanc actionem referre. Si scilicet rem suam in fraudem creditorum alii debitor tradiderit. Rem enim suam, aut ius in re, quo gaudebat, debitore alienante, non inficias eo, actionem Paulianam, debitoris iure innixam, esse realem. Inanis vero est consecutio, quod haec actio numquam sit personalis. Pariter rescissoriam actionem, ex restitutione ob absentiam vel aliam iustam caussam IVSTINIANVS *in §. 5. I. de act.* inter reales actiones collocat, quam personalem quandoque esse actionem, pauci ignorant. Alio conciliandi modo vtitur COCCEIVS *in iur. ciu. controu. ad tit. D. quae in fraud. cred. fact. qu. 1.* Duplex enim sibi fingit praetoris edictum circa hanc actionem, alterum personale quo fructus quoque rei, in fraudem creditorum alienatae, restitui debeant; *L. 1. pr. h. t. L. 10. §. 22. L. 14. eod. L. 38. pr. §. 4. D. de vsur.* Alterum vero reale, quo dominia reuocentur a quocumque

cumque possessore, *L. 10. pr. & L. 14. pr. D. h. t.* Cuius discriminis hanc principem rationem reddit, quod, personaliter agente actore, fructus etiam sint restituendi, non vero si realiter agatur. Auidus ad has laudandas leges aduolaui; eruere tamen duplicia edicta, huius voluntati respondentia, mihi datum non est. Verba *Edicti* proponuntur in *L. 1.* & *L. 14.* Vtraque tamen vnius generis tantum continet edictum. Et si omnia ad Edictum pertinentia verba colliges, nullibi tamen haec fructuum distinctio occurrit, multo minus discrimine hoc instrui actionis Paulianae in realem & personalem diuisionem, intelliges. Videamus autem de ipsius demonstratione, qua in defendenda sententia vtitur. Ac primo quidem verbum: *restituas*, quod in *laudatis legibus* occurrit, maxime vrget. Sed quid inde? Vocem, *restituere* fructus continere nihil dubito; eam vero actionibus personalibus propriam esse, tantum abest, vt potius realibus actionibus summo iure vindicem. Adeamus antiquas sollennes formulas, quibus Praetor iudicem dabat. Personalium actionum haec erat: *si paret Titium Maeuio dare facere oportere, Sempronius iudex esto.* Altera realium actionum: *si paret fundum Q. D. A. P. Titii ex iure Quiritium esse, neque is fundus ei a Maeuio* RESTITVETVR, *Sempronius iudex esto.* Ex quibus satis, vt puto, liquet, verbum, *restituere* personalem actionem haut indicare. Et quem fugit in rei vindicatione, actione rescissoria, aliisque realibus actionibus, *rem cum omni caussa esse restituendam*, adeoque *fructus* quoque peti posse. Cui nec alterum, ab eo positum principium, refragatur. Adserit

nempe, si realiter agatur, peti videri fructus, qui tempore alienationis non fuere, indeque nec alienatos in fraudem creditoris esse. Quae sententia neque adlegatis legibus confirmatur, nec iurium fundamentis respondet. Si etiam largiar, quamuis nondum concedam, *L. f. §. 4. D. h. t.* fructus medio tempore receptos, in hoc iudicium non venire, nihil tamen demonstrationi consulet; partim enim nego hanc consecutionem, quod illud ex natura actionis realis dimanet; partim, si etiam personaliter ageretur, ob eamdem legem, huiusmodi fructus peti non possent. Igitur, composita hac controuersia, res eo redit: si debitor ius reale alienauit, actio Pauliana *realis*, si vero personale remisit, & ipsa *personalis* erit. Quum illud tantum ius, quod tempore alienationis ad debitorem pertinuit, creditoribus Praetoris aequitas reddat.

§. IV.

Quum itaque hanc actionem tam realem, quam personalem esse, iuerim demonstratum, non difficile iudicatu est, *quo in foro actio instituí debeat.* Si enim realis speciem inducit, tam in *foro domicilii,* quam *rei sitae* institui poterit; quum contra, personali actione in *domicilii* tantum *foro* experiundum sit: *forum contractus* quoque haud competere, tanto certius habetur, quo luculentius leges ad rescissionem contractus acturum a foro contractus arcent.

§. V.

Creditoribus hanc actionem dari totus Digestorum titulus vberrime docet. Spectant eo potissimum *verba Edicti:* in *L. 1. D. quae in fraud. credit. fact.*

fact. sunt. de his curatori bonorum, vel ei cui de ea re actionem dare oportebit. Hodie pariter, concursu iam excitato, curator bonorum, creditorum nomine agit. De cuius legitima constitutione plura non adferam, quae vbiuis prostant. Inter vero, ea, quae obseruantia, inuita Minerua, introduxit, hoc obliuioni non tradendum, quod plerumque iudices videas curatoris bonorum constitutionem, non in suffragium vocatis creditoribus, sibi vindicare. Quod mirifice conturbat *L. f. D. de curat. bon. dando & L. 15. D. de reb. aut. iud. possid.* autoritatem; quumque hoc ad iura spectet partium, curator etiam bonorum mandatarii vices sustineat, non aliam inuenire potui huius incomtae obseruantiae rationem, quam indultum creditorum, infinitasque plurium creditorum dissensiones, quae caussa sine dubio dispositioni *Ord. Recogn. ad tit. XLI. §. 1.* occasionem dederunt. Quodsi vero, vt non raro contingit, curator bonorum iuris prudentia non polleat, cum alii vices suas demandare posse nihil ambigo. Ita, concurrentibus pluribus creditoribus, procedendum est. Concursus autem quum plurium creditorum decertatione ineatur, in quaestionem incidit, num *vnus etiam creditor* hac actione gaudeat? id quod, monente pari ratione, disponitur, in *L. 10. §. 6. D. h. t.* *Creditori* vero *hypothecario* vix tribuenda videtur. Res ipsa docet, creditorem hunc actione hypothecaria ius suum persequi posse, quae quum sit ordinaria, praesentem extraordinariam Paulianam actionem cessare expeditum est. *L. 16. pr. D. de minor. XXV. ann.* Quod nec ZOESII argumenta *in Comment. ad D. tit. quae in fraud. credit. fact. n. 2.*

V 2 confu-

confutabunt. Alterum enim, a *Gloſſatorum* ad *L. 21. d. t.* ſuffragiis aduocatum, tanto minus facio, quo certius eſt, ex ante dictis, leges repugnare. Quo ipſo & alterum, a generali diſpoſitione legis petitum, collabitur. Quod vero, vti pergit in demonſtratione, creditori ſua induſtria obeſſe non debeat hypothecario, cauſſam ipſius vulneratam reddit: parum quippe vtilitati ſuae conſulturus eſſet creditor, ſi actione Pauliana vteretur, quam fraudis probatio tantopere implicat, quum hyppthecaria actione quemcumque posſeſſorem conuenire queat. Vna tantum dubitandi ſubeſt ratio, ſi creditori, in fraudem reliquorum creditorum, hypotheca ſit conſtituta. Quod tunc demum euenire poſſe conſtat, ſi, creditore alio iam miſſo in poſſeſſionem, inſtante vel moto concurſu, alius hoc pignore ſibi proſpicere conaretur. Hoc in caſu hic creditor, hypothecae aut pignoris ſpe deceptus, in actione Pauliana ſolatium habebit; quum, nihil valente hypotheca, perſonalis tamen creditor maneat, cui hoc remedium denegari nequit. arg. *L. 6. ʃʃ. 7. L. 10. ʃʃ. 16. D h. t.* Vltima ZOESII ratio non plus ponderis habet, non nouum eſſe adſerentis, ſuper eodem plures actiones concurrere. In ordinariis quidem actionibus res dubio vacat; ſed concurrentibus extraordinariis cum ordinariis, adtentionem non meretur. Deinceps, quum actio Pauliana his tantum creditoribus, quibus tempore alienationis ius erat, medelam adtulerit, conſequens eſt, poſtea contractis debitis, his creditoribus aditum eſſe occludendum; niſi, poſteriorum creditorum pecunia anterioribus ſatisfactum ſit; quo in caſu & ille, ſuccedens in priorum

rum locum, reuocandi poteſtatem nanciſcitur. *L. 10. ʃ. 1. D. eod.* Tandem nec hoc praetereundum eſt, creditores actioni renunciantes Paulianae, vel alienationi conſentientes, *L. 6. ʃ. 9. D. h. t.* vel ſocietatem malitiae in hac alienatione alentes, ad hoc remedium adſpirare haud poſſe. Nec enim ad iura renunciata regreſſus patet, nec decipientibus beneficium leges dant. Patet ex his recenſitis caſibus, in concurſu creditorum, reuocatisque bonis fraudem alienatis, ſollicite eos ſeparandos eſſe a fructu horum bonorum, quibus leges actionem Paulianam non adplicant. Sed cui hoc negotii datum erit? Certe nec curator bonorum, nec litis hic officium ſibi demandatum credant; quorum haut intereſt, quis creditorum anteponendus ſit; imo *Ord. Rec. ad tit. XLI ʃ. 2.* ipſos ab his ineptis decertationibus abſtinere iubet. Eaque propter, creditores hoc ſuae curae reputent, vt creditores hos commodi, ex actione Pauliana redundantis, participes non reddant.

§. VI.

De actore ſatis iam actum, diſpiciamus *de reo*. Inſtruunt pertractationem priora *edicti Praetoris* verba in *L. 1. D. h. t. quae fraudationis cauſſa geſta erunt, cum eo qui* FRAVDEM NON IGNORAVERIT &c. Igitur *fraus poſſidentis* requiritur. De fraude ergo dicendum, dimicandum potius mihi erit. Satis enim, & veteres & nouos de hoc argumento commentantes peruoluens, conſpexi, eam ali ſententiam, vt ad actionem Paulianam rite inſtituendam, requirant, vt vel bona poſſeſſa ſint a creditoribus, *L. 6. ʃ. 7. D. h. t.* vel, miſſione nondum ſecuta, inſtantibus & vr-

gentibus creditoribus solutionem, per gratificationem facta sit solutio. *L. 6. §. 2. D. de reb. aut. iudic. possid. L. 24. D. h. t.* Hi itaque erunt, qui eum demum possessorem fraudis participem appellabunt, qui vel missionem sciuerit, vel non ignorauit efflagitare creditores solutionem, sibique per gratificationem satisfieri curauerint. Ab his autem discessionem facturus, statuo; si tantum sciuerit, debitorem alienantem non soluendo esse, fraudis se reddere socium; quum ignorare non debuerit, debitorem, ad decipiendos creditores, alienare amplius non posse. Hanc quippe ignorantiam prodens, in iure errat, nec a fraude se purgabit. Nocere errorem iuris pariter tritum est. Noli hanc sententiam impugnare ex principio *L. 7. & 8. D. de iur. & fact. ignor.* Probe gnarus sum, quod ignorantia iuris tantum in lucro captando, non in damno vitando noceat, sed in damni huius euitandi significatione voluntati tuae morem haut geram. Qui in re sua retinenda, vel amissa recuperanda versatur, tutus erit: quod in hoc casu nullo consilio adcommodari potest. Speciem prae se ferret, si dixeris, eo tempore, quum res, in ipsum translata, actione Pauliana reuocatur, possessorem rei suae retinendae operam dare; sed colorem fuco mentiris. Res possessoris, reuocationis tempore, dici nequit, quum ius adquirendi non habuerit. Idcirco, haec fraus, hic error iuris, in adquirenda re purgationem haut dabit. Sufficit igitur sola haec malitia, vt eneruetur spe retinendi, quod inique comparuit. Pariter nec opus vt fraudis alienantis conscius sit, id quod inter requisita referri non recordor; & si emturo constat, bona debitoris creditoribus non sufficere,

non

non e longinquo cogitationem de decipiendi creditores consilio suscipies; tantoque maiori cautione in adquirenda re eum versari aequitas iubet, ne malitiae consortium inire videatur. Haec omnia mecum reputantes facilius indulgebunt, ignorantiam praetensam missionis factae, exceptionem haud dare; contra facientes malitiam inuitant. Quum enim haec sit ignorantia facti, quod sine periculo nescire leges permittunt, haut difficilis ad defendendum occasio parata videtur. Quo vero & hos malitiae fontes obturem, si etiam quidquam huic sententia dare velimus, demonstrabo quam titubet spes. Vt liberarior sim, concedam ignorantiam facti subesse. Largior ignorantiam facti non nocere: plures tamen in exceptione positos esse casus, nemo ignorat. Quum itaque scientia hoc modo aestimanda sit: *vt neque negligentia crassa, aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur.* L. 6. D. *de iur. & fact. ignor.* Quum *ille, qui cum alio contrahit, vel est, vel esse debet, non ignarus conditionis eius* L. 19. D. *de R. I.* exinde patet consecutio, hanc facti, vel crassam vel adfectatam, ignorantiam possessori non prodesse. Quin immo, missionem in possessionem ad formam actionis Paulianae plane non requiri autumo. Cardo actionis versatur in ipso *Edicto,* quod tam *in L. 1. pr.* quam *L. 10. pr. h. t.* continetur, vbi ne vola quidem missionis in possessionem deprehenditur, *fraudis tantum* consideratio inuenitur. Quid, quod *L.* quoque *10. D. h. t.* expresse contrariam Praetoris mentem exponat, cuius haec sunt verba: *si quis particeps quidem fraudis non fuerit, verum tamen, vendente debitore, testato conuentus est a creditoribus*

ne emeret, an in factum actione teneatur si comparauerit? & magis est vt teneri debeat: non enim caret fraude qui conuentus testato perseuerat. Initurus quippe, vt verba sensum docent, quum debitore venditionem, ignorabat debitoris angustiam aeris alieni, quo premebatur; ante vero quam perficeret contractum, creditores, testibus adhibitis, eum certiorem fecerunt, de aeris alieni grauitate, qua adfecta debitoris bona; emtor vero, parum sibi cordi habens creditorum adhortationem, propositum exsequitur. Nullam hoc in casu praecessisse intelliges missionem in possessionem, & nihilominus creditoribus Pauliana actio conceditur. Alio vtar argumento ex *L. 24. D. eod.* quam, etsi plerique, ab hac sententia declinantium, suam faciant mihi fortiori iure vindicabo. Debitorem nec vni creditorum per gratificationem soluere posse, ex *h. L.* adparet. Et quod *h. L.* de casu: vbi reliqui creditores nondum missi in posséssionem, loquatur, ex eo liquet, quod *in eadem* in altero casu, si non per gratificationem, vt cum lege loquar, solutum creditor acceperit, sed iuste exegerit, reliquis creditoribus eam ob rationem actio Pauliana denegetur: quoniam alii creditores suae negligentiae expensum ferre debeant. Si vero missionem in posséssionem impetrauissent, nullius negligentiae accusari potuissent; eamque interpretandi rationem commendat *L. 6. §. 2. D. de reb. aut. iud. possid.* vbi, quum ante de negligentia, reliquis creditoribus nocente, disponatur, expresse in aduerso casu: *si autem institerint* reliqui, desidiae reos non esse docetur. Quae quum ita sint, aliter autem intelligi lex nequit, a maiori ratione stabile pro-

procedit argumentum: si enim nec ipse creditor, cui tamen alias sibi vigilare indulserunt leges, ante immissionem in possessionem, per gratificationem accipere quid potest, multo certo minus alius, qui inter numerum creditorum non est, in fraudem creditorum quidquam adquirere potest. Vnde nec obiecta *L. 6. §. 7. h. t.* nec *L. 10. §. 16.* caussam infirmant. Nullo iure ex his quis euincet, extraneum, qui scilicet inter creditores non est, ante missionem, fraudis tamen consortem, iure ex bonis debitoris quid comparare, atque actionem Paulianam creditoribus denegari. Plane diuersa caussa ad hanc dispositionem ansam dedit; creditor enim, qui suum recipit, debitore non per gratificationem soluente, fraudis reus non est; iura enim vigilantibus scripta sunt, modo non malitiae inuigilet. Sed, missione in possessionem creditorum secuta, suum debitum, non absque metu restitutionis, recuperat, quum debitor alienandi potestate non amplius gaudeat, missionemque ignorare fere haut possit, saltim scire debeat; ex quo etiam esse mihi habeo persuasum, quod leges, in actionis Paulianae informatione, missionis iniecta mentione, fraudis obliuiscantur, quum vel deesse scientia nequeat, vel culpa lata, dolo exaequetur. Et aequum itaque & iustum ducitur, actionem Paulianam limitibus missionis in possessionem haut circumscribere. Ne iniustior videar, hoc tantum limitabo: non hoc in fraude ponitur, si sciat emtor venditorem habere creditores, sed vt sciat soluendo non esse, requiritur. Ita enim *L. 10. §. 2. h. t. Quod ait Praetor*, SCIENTE, *sic accipimus te conscio & fraudem participante: non enim, si simpliciter*

citer scio, illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum, teneri eum in factum actione: sed si fraudis fuerit particeps.

§. VII.

Exposita hucusque de fraude possessoris, ad eos tantum, qui oneroso titulo rem a debitore adquisiuerunt, pertinent. Dispar ratio in illis, qui lucratiuo titulo possident, deprehenditur; quum enim eius generis possessores lucrum aucupari conentur, neminem autem cum alterius damno locupletiorem fieri, iura permittant, scientia, debitorem non esse soluendo, minime requiritur; sed ignarus quoque, possessione exuendus est. Ita enim in *L. 6. §. 11. D. h. t.* hanc aequitatem adgnoscente, disponitur: *Si cui donatum est, non esse quaerendum, an sciente eo, cui donatum est, gestum sit, sed hoc tantum an fraudentur creditores.* Cum qua conspirat *L. 5. C. de reuoc. his quae in fraud. cred. alien. sunt:* creditoribus contra eum, qui ex lucratiuo titulo possidet, *scientiae mentione detracta*, consultum esse adserens. Antea vero, quam rei partes dimittam, paucis agendum est *de heredibus*. Ac *heredes quidem non teneri, nisi locupletiores existant*, nulla distinctione habita, adfirmo. Quae res, si defunctus ex caussa lucratiua quaesiuerit, ancipitem non tenet mentem, quum, nec ipso defuncto in amplius obligato, heredes strictius obstringi haut possint. Sed nec, si defunctus oneroso titulo possederit, mutuo consilium; defunctus enim ob fraudis participationem tenetur, eoque respectu poenalis actio est, inque iis heredes ex lucro, quod ad ipsos peruenerit, tantum obligari, testimonio non indiget.

§. VIII.

§. VIII.

Ad finem perſcrutandum iam meditatione ducor, in quo informando, tota verſatur *L. 10. ʃ. 22. D. h. t.* his verbis concepta: *Praeterea generaliter ſciendum eſt: ex hac actione* RESTITVTIONEM *fieri oportere* IN PRISTINVM STATVM, *ſiue res fuerunt ſiue obligationes: vt perinde omnia reuocentur, ac ſi liberatio facta non eſſet, propter quod etiam medii temporis commodum, quod quis conſequeretur liberatione non facta, praeſtandum erit:* quae verba luculentius explanant mentem *antecedentis ʃ phi* in qua *reſtitutio cum ſua cauſſa* iniungitur. Niſi itaque verborum poteſtatem infringere, Praetorisque mentem corrumpere quis conetur, haec erit verborum vis: ita ſcilicet inſtituendam actionem, quaſi hoc ius, quod debitor in fraudem alienauit, poſſeſſor fraude accepit, illibatum remanſerit. Idcirco omne emolumentum, tam tempore alienationis praeſens, quam futurum, iure vindicatur, iniuria denegatur. Ex quo eſt, *quod rem ipſam cum acceſſionibus reſtituere, damna quauis culpa data reſarcire, caſum fortuitum*, quum perpetua poſſeſſoris fraudulenti ſit mora, *praeſtare, fructusque tam perceptos, quam percipiendos*, per totum, quo poſſedit, tempus, *reddere debeat.* Pariter alio iure, quo debitor fruebatur, malitioſa mente remiſſo, actiones reſtaurantur. *L. 14. D. h. t.* Igitur & omne commodum, quod in debitorem, relaxatione non facta redundaturum fuiſſet, ſiue vſuras, ſiue alius generis vtilitatem conſideraueris, Praetoris auxilio repetunt. Haec licet ex ante in auxilium vocatis legibus pleno quaſi defluant alueo, animum tamen in ancipitem meditationem coniecit *L. 24. ʃ. 4. & ſeq.*

& seq. Non quidem inficias eo hanc legem, ad quam omnes dissentientes tamquam ad asylum, aduolant, fere conquassare vincendi spem; operam tamen dabo, vt ex his scopulis in portum me coniiciam. Caussae suae adsentiri sentio, qui ex hac lege creditores fructus, inter alienationes & inchoati iudicii tempus, perceptos peti non posse opinantur; ita potius sensum huius legis adsequor: officio iudicis, actore medii temporis fructus non petente, suppleri hoc, quod remissius actum est, non posse; quod vero creditores hos fructus, actione Pauliana instituta, efflagitare nequeant, quodque iudex, creditoribus expressim hos fructus petentibus, morem gerere non debeat, nullo modo euincitur; eoque minus, quo luculentius supra iam explanaui, legibusque firmatam reddidi, hoc a Praetore datum remedium ex numero restitutionum in integrum esse, cui nequaquam conuenit, quidquam, fraude conciliatum, possessori superesse. Ne vero detorquendi leges consilium iniuisse videar, defensionem parabo ex *L. 25. §. 8. D. de Aedilit. Edicto*, cuius haec sunt verba: *Item sciendum est, haec omnia quae exprimuntur Edicto Aedilium, praestare eum debere, si ante iudicium acceptum facta sint. Id circo enim necesse habuisse ea enumerari: vt, si quid eorum ante litem contestatam contigisset, praestaretur. Caeterum post iudicium acceptum, tota caussa ad hominem restituendum in iudicio versatur: & iam fructus veniunt, quam id, quo deterior factus est: caeteraque veniunt. Iudici enim, statim atque iudex factus est, omnium rerum officium incumbit, quaecumque in iudicio versantur. Ea autem, quae ante iudicium contingunt, non valde ad eum pertinent: nisi fuerint*

rint ei nominatim iniuncta. Dilucide patere puto, fructus, officio iudicis in iudicium non venientes, scilicet, quos iudex ex bono & aequo adiudicare nequit, nominatim petitos, a iudice in condemnatione praeteriri haud posse. Hoc si discrepantibus prioribus legibus adplicueris, tradita a me interpretatio repulsam non feret.

§. IX.

Me non quidem latet, GLOSSATORES ad *L. f. ʃ. 4. h. t.* commentantes, alio modo concordiam harum legum tentare. Aduersantes hi meae sententiae, eam legum cum *L. 10. ʃ. 22.* conciliaturi, varia quidem excogitant, a veris autem interpretationem regulis deuiantes, in errores diffunduntur. Stomachum mouet quadriga rationum; altera discrimen ponit inter donatarium & emtorem, de illo *l. 10.* de hoc *L. fin.* disponere sibi sapiunt. Magnus mihi erit Apollo, qui hanc differentiam eruendi sternet viam, quam, studiosius parare tendens, ipsis verborum propugnaculis circumscriptam inueni. Generaliter hoc scire cupit lex, ex actione instituta, restitutionem fieri oportere *in pristinum statum*, siue res fuerint, siue obligationes, Quumque posteriora verba generali huic dispositioni exponendae deseruiant, scire cupio, qua inuentione, ea donationi adcommodentur; & si verba, de vsuris inserta, aucupari corrupto ingenio placeat, cogites quaeso, haec meditans, numne fructuum potior ratio, quam vsurarum habenda sit? Altera decidendi ratio inter quisquilias perditur. Quis enim tam expers est in iurisprudentia, vt non intelligat, in m. f. possessore tam industrialium, quam naturalium fructuum eamdem penitus esse rationem.

Quae

Quae deinceps adfertur decisio, obscuritatis plena est. Adducam verba, ne iniquitatis accuser: *vel, hic tradit rem fraudator, ibi erat apud in quem alienabat in fraudem.* Si quis poterit sensus his sonticis verbis inesse, hic erit, ni fallor: in casu *L. fin. ff. 4.* ille, qui, fraudis particeps, rem comparauerat, alii tradidit. In *priori* vero lege res existebat apud eum, in quem debitor, malitiam expleturus, transtulerat possessionem. Alia mihi, in re verbis obfuscata, meditandi occasio non superfuit. Quod si haec est intellectio verborum, nihil aut praue dictum est a *Glossatoribus.* In primo enim casu, aut ille, qui rem a fraudis conscio accepit, ipse temeritatis gnarus fuit, & est pariter fraudator; adeoque coniectura non adsequor, quid differentiae intercedat inter fraudulentum possessorem, qui ab ipso debitore caussam habet, & inter eum, qui demum, eadem fraude imbutus, ab hoc possessore rem nactus est. Sin autem tertius possessor bona fide rem comparauit, absonum foret, contra eum actionem Paulianam largiri, qui nihil fraudis suscepit. Adeoque, si etiam ea ad posteriori loco positum casum adplices, discrimen in verbis tantum quaeri intelliges. Distinguit tandem *Glossator* inter actionem in factum, & vtilem in rem, & de altera *L. 10.* de altera *L.* hanc *finalem* differere contendit; quo nihil iniquius excogitari potest; vtiles nempe actiones ad extendenda verba strictiora directae actionis diriguntur. Huic vero *Glossatorum* interpretationi contraria inest vis, restringendi verba directae Paulianae actionis, latius patentia, quod, quam distet ab interpretandi regulis, quisque me tacente intelliget.

§. X.

§. X.

Haec ita obtinent, in restitutione ab eo facienda qui, doli particeps, sub onere rem accepit. Sed *de iis* quoque discipiendum venit, *qui ex liberalitate debitoris rem acceperunt*. Eos, nulla distinctione habita, an sciuerint fraudem debitoris nec ne, ad restitutionem teneri, expressim disponit *L. 6. ʃ. 11. D. h. t.* aequitatis ratione adiecta: *non videtur iniuria affici, qui ignorauit, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur.* Neque tamen hic fraudis consideratio est eliminanda. Multum potius refert in restitutione peruestigare, an sciuerit, an ignorauerit. Scientem, debitorem eo tempore non esse soluendo, insignioris malitiae accusatum volo, quod, lucri cupiditate inflammatus, creditoribus iacturam inferre conatus sit, quo nomine tanto aequius erit, huius generis malitiosum donatarium; in restitutione, omni ex parte illis exaequare, qui rem oneroso titulo acceperunt. Sed mitius cum illis agendum est, qui, ignorantes, lucrum, a debitore oblatum, non respuunt. Eamque ob caussam in *L. 6. all.* dicitur: *in hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui soluendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, vltra non.* Qui ergo locupletiores facti censeantur, inuestigandum est. Ac primo quidem ipsa res, vel quantitas donata, quoad tempore motae actionis vel vere vel ficte existit, nec vsucapta est, in restitutionem venit. Quamuis enim ipsa res accepta, eo tempore superstes non sit, in lucro tamen omnino ponendum est, si id, quod accepit, in suam adcommodauerit vtilitatem. De *fructibus* ita sentio: *computata fructuum*, quos collegit, *quan-*

quantitate, culturae impensis deductis, *cum vsuris*, quidquid reliquum fuit, & in commodum suum adplicauit, vel tempore institutae actionis vere superest, locupletiorem ipsius conditionem reddit, qua de re, aequitati consentit & existentes natura, & consumtos, non vsucaptos, *aestimatione restituere debere.* Nec, *quantitate donata*, si foenori exposuerit pecuniam, *vsuras ab huius actionis accessionibus excludi par est.*

§. XI

Pergo ad commemoranda *huius actionis requisita.* Quotquot vulgo recensentur, enarrabo, quaedam deinde tamen vel exstirpaturus, vel moderaturus. Ea inter primum esto: *alienatio spontanea a debitore suscepta.* Late patere haec verba: *quae fraudationis caussa gesta erant*, ipsa *L. 1. ff. 2. in f. D. h. t.* monet. Quam ob rem in summam alienationis capita redigam. Pertinet eo, si rem suam in alterum transtulerit, si ius iam adquisitum remiserit, vel perdiderit, si ius nouiter alteri constituerit. Animus in praesenti non est, omnes casus, in legibus dispositos, copiosius explanare; sufficit potiores adtigisse. Fraudem in tempore etiam fieri creditoribus dicit *L. 10. ff. 12. & L. 17. ff. 2. h. t.* Id quod intelligendum erit: debitorem, debitis in diem contractis, ante diem venientem, soluere in fraudem creditorum haut posse, & idcirco tantum, quantum creditorum interest, restitui par est, scilicet vt vsurae intermedii temporis praestentur. Atque pari ratione in debitis, conditione circumscriptis, debitore ante conditionis exitum soluente, obtinere, facile consequitur, deficienteque conditione

indebitum reddi debere, ambiguum haud eſt. Dotis quoque conſtitutio fraudem continere poteſt. *L. 10. §. 14. D. h. t.* Non tantum ſi illi dotem dederit, cui iure non tenebatur, ſed ſi quoque pater, filiae in patria ipſius poteſtate conſtitutae, quam alias dotare patrem leges iubent, eam ſtipulatus ſit, a fraude vacuus nondum erit; aeris alieni enim pondus, atque neceſſitas ſuum cuique tribuendi, vincet hanc dotandi obligationem; intemperata quoque dotis quantitas, non exiguam fraudis ſuſpicionem excitabit.

§. XII.

Non vlterius morabor in his eruendis caſibus; vacat enim dubitatione principium: *omnes alienationes, cuiuscumque ſint generis bona, in patrimonio iam exiſtentia, diminuentes irritas haberi, quoties decipiendi creditores animo ſuſcipiuntur.* Sed vberior incidit contentio, ſi debitor, fraudis conſilio, ea non quae adquirere, iure ipſi competente, poterat. Hac in cauſſa copioſae iactantur controuerſiae; *plerique* temperandum iniquitati cenſuerunt; *alii*, rigidi legum ſectatores, hanc iniquitatem aequitati anteponunt. Intellexi itaque diſſentientes in tres diuertere partes. *Alii L. 6. pr. & §. 1. vsque 5.* autoritate circumdati, nullo modo actioni Paulianae locum faciunt. Addit moderationem BRVNNEM. ad *L. 6. D. h. t.* diſtinguens: ſi debitor in fraudem creditorum deferendae tantum haereditati, legato, aliisque huius generis emolumentis, renunciauerit, ſcilicet ante mortem teſtatoris, actionem denegat creditoribus; quum ante mortem, ob mutandi liberum arbitrium, ſpem tantum habuerit, ius vero nondum impetrauerit, eaque propter nihil ex ſuo

patrimonio dimiserit; e contrario vero, delata per mortem testatoris hereditate, debitore ius iam quaesitum repudiante, creditoribus vindicandi hoc lucrum potestatem concedit. SCHILT. vero in *Exercit. ad Pand.* siue diuersitate casuum actionem Paulianam admittit. Difficilius est in hac triga sententiarum electio. BRVNNEM. tamen aeque atque SCHILTERI opinionem, Iuri Romano non consentire, vberrime ex ipsa *L. 6. D. h. t.* perscrutatione adparet. Sed vix animo temperare possum, quin inueham in VLPIANVM, iniquitatisque accusem, quae celebrem aequitatem Praetoris, in hac introducta actione, fere obscurat; si fieri posset, ad retinenendam aequitatis gloriam, de deferenda tantum hereditate vel legato interpretarer, ita enim, quum nondum ius adquisitum sit, sed in spem tantum veniat, speciem aequi prae se ferret. Sed haec conantem, ipsa legis verba: *repudiare hereditatem, legatum,* quod esse nequit, nisi iure per testatoris mortem confirmato, cohibent. Quid quod idem VLPIANVS in *§. 1. L. 6. all.* huic quoque fraudi debitoris indulserit, vt si conditioni ideo non paruerit, ne stipulatio committatur, ne quidem creditoribus agendi potestatem largiatur, quo certe nulla vberior ad fraudem exercendam inuentio esse potest, neque adiecta in *d. L. ratio* concordiam redintegrat, quum adiicit: concordiam redintegrat, quum adiicit: *noluit enim adquirere, nec suum proprium patrimonium diminuit.* Certe; non adquirens, cui iura manus porrigunt, insignius malitiae documentum exhibet, quam ille qui de suo patrimonio alienat; quum angustia rerum quandoque excusationem praebere possit, quae in ante-

antecedenti casu ne fingi quidem potest. Video quoque complura legum principia iacturam sentire. Secessit VLPIANVS ab aequissima regula in *L. 1. ʃ. 12. D. si quis omiss. causs. testam.* tradita, vbi quum delectatione ita disserit: *sane quaestionis fuit, vtrum is demum dolo malo facere videatur quo minus possideat, qui per dolum eam possessionem dimittat, quam aliquando habuit: an vero is quoque qui hoc ipsum malitiose fecit,* NE AB INITIO POSSIDERE INCIPERET: *Labeo sibi videri, ait, non minus delinquere eum qui* NON INCIPIAT POSSIDERE, *quam eum qui desinat, quae sententia obtinet.* Vtinam elegantem hanc meditationem obliuioni non dedisset VLPIANVS! Immo *idem ICtus in L. 3. ʃ. 2. D. quae in fraud. cred. fact.* egregie inquit: *& qui aliquid fecit* VT DESINAT HABERE, QVOD HABET *ad hoc Edictum pertinet.* Nunc vero, qui ius habet hereditatis capessendae, aut adquirendi legati, ei vero renunciat; nonne desinit habere ius quod habet? Mirifice haec omnia corrumpi liquet; praeterque ea, leuiter tinctus in legatis compertum habebit, morte testatoris legatarium dominum fingi rei legatae; quumque fictio idem operetur quod veritas, perpendas peto, numne statim ex eo tempore legatum adquisitum habeat? numne repudians legatum, patrimonium proprium repudiet? In fumum haec abeunt, si *L. 6. all.* voluntatem adcommodemus. Confiteor itaque nullam me viam excogitare potuisse, huic legi moderandi. Adeoque, iniquissimum quidem, certum tamen est iure ciuili, creditores renunciationem iuris adquirendi impugnare haut posse. Sed quid, *si heres institutus debitor, vel legitima successione vocatus, ces-*

ferit alii hereditatem? eademque de legato quaestio incidere poteft. Leges quidem expreffim huius cafus decifionem non tradunt, argumenta autem non defunt. Neminem enim ius, nifi plene adquifitum, cedere poffe manifeftum eft; igitur vt adierit hereditatem neceffe ducitur. Adita autem hereditas patrimonii debitoris iam acceffit. Quo ergo certius eft, diminuere debitorem, in creditorum circumductionem, proprium patrimonium haut poffe, eo plenius inde deducitur, hanc quoque hereditatis ceffionem irritam effe, & creditoribus ad capeffendam hereditatem, a debitore ceffam, actione Pauliana aditum parari. Commemoratione dignum reputo cafum, quem HVBERVS in *prael. Iur. Rom. ad Dig. h. l.* refert: debitor, bipedum certe nequiffimus, hereditatem propinqui morte delatam, forori, cum qua fraudis focietatem iniuerat, foli, in perniciem creditorum fuorum, relinquere conabatur. Adfcitus notarius, vt fraudis inftrumentum in malitiae memoriam conficeret, fiue imprudentia fiue fide adductus, fcripfit eum cedere ius fuum hereditarium, inque eam folam transferre, quum, fi voluntati debitoris malitiofae fe adcommodare voluerit, repudiationis tantum mentionem facere debuiffet. Creditori itaque reuocationem contendente, ceffionemque illicitam vrgente, reftitutio hereditatis, pro ea parte, quae debitori competierat, forori iniuncta eft. Addit quidem, non parum momenti adtuliffe, quod hic creditor, repetens hereditatem, hypothecarius fuerit; nihilo minus tamen & perfonalibus creditoribus idem ius competere adferit. Aequum hoc iudicium merito imitationi illis commendamus, qui legum

ver-

verbis pertinaciter inhaerent. Iam vero, quid BRVNNEMANNI, quid STRVVII sententiae tribuendum sit, efflagitabis. Vtrique gloria aequitatis remanet.

§. XIII.

Quantum autem haec remissior ICtorum Romanorum aequitatis cura tristitiam menti obtulit, tanta memoratu digna *Dec. Elect. XXV. sacr. d. A. 1746. d. 2. Jul.* me circumdedit laetitia. Nihil sane ad restringendam debitorum malitiam ardentius, nihil ad consolandos adflictos creditores vberius excogitatu, *hac constitutione;* vt exemplum habeas, Saxoniae legibus consuetum, prudentissimae legis. Adducam ipsa verba celebris huius dispositionis, STRVVIVM, cum laude aequum, defendentis. *Inscriptio huius sanctionis est:* Ob ein Schuldner sich einer Erbschaft oder sonst eines Rechts begeben möge? sequitur Dec. Da ein Schuldner in Concurs wirklich befangen, oder auch die Edictal-Vorladung seiner Gläubiger resolvirt und öffentlich affigiret worden, so soll ihm nicht freystehen, sich seines vsusfructus, oder eines andern ihm zukommenden Rechtes, insonderheit auch einer Erbschafft, so er aus einem Pacto, Testament, oder ab intestato zu hoffen hat, wenn solche gleich noch nicht angefallen, oder auch noch ungewiß ist, und also um so viel weniger, wenn ihm solche nicht entzogen werden kann, sich zu begeben, inmaßen denn auch, da ein solcher ihm oder den Seinigen zum Besten, jedoch ohne hierzu nach denen Rechten habende gnugsame Ursache, also wie man es zu nennen pfleget, bona mente enterbet würde, dergleichen exheredatio quoad legitimam schlechterdings vor ungültig zu achten. Trüge es sich ferner zu, daß jemand einer Erb-

schaft, oder sonst seines Rechtes sich begeben, und es entstünde nachhero zu seinem Vermögen ein concursus creditorum, oder es würde auch solches zu Bezahlung eines einzigen Gläubigers nicht zureichend befunden, soll sowol der curator litis, als der Gläubiger, da er an Seiten des Schuldners, daß der Abfall der Nahrung zur Zeit der beschehenen renunciation bereits vorhanden gewesen, erweisen wollte, damit jedoch nebst Vorbehalt des Gegenbeweises vor den Schuldner, oder den, der caussam vor ihm hat, gehöret, nicht minder auch darüber, die Endes-Delation wider beyde sich zu gebrauchen, zugelassen, und nach Befinden, sodann auf die Ungültigkeit der beschehenen renunciation erkannt worden. Vberrimum in *hac sanctione* creditorum suspirantium compendium conspicitur; cuius summum caput est: *nullum in exitium creditorum susceptum negotium valere.* Siue itaque dominii ius, siue aliud reale, pariter ac personale dimiserit, nihil interest. Nec refert, an iamiam adquisiuerit, an spem tantum habuerit. In summa: eousque frena iniecta debitorum malitiae sunt, vt nec ad inuentionem fraudis aditus pateat. Atque quum bona mente, vt dicitur, facta exheredatio a patre, liberorum aere alieno obrutorum, creditoribus perniciosa esse possit, hanc quoque reprimere facultatem aequissimum duco. Inque eo pariter *h. Dec.* creditoribus prospicit, quum, quod ad legitimam portionem spectat, inualida declaretur. Leges Romanorum quidem hoc patri dedisse luculenter probat *L. 18. D. de lib. & posth. hered. instit. vel exhered. L. 12. §. 2. D. de bon. libert.* Maxime vero informat hanc cautionem *L. 16. §. 2. D. de curat. furios.* Nec

ta-

tamen animo persuadere valui, aequitati hanc exheredationis mirabilem speciem consentire. Praesertim si perpendo in legitima liberos post mortem patris iam stabile ius habere, vt nullo modo alias eneruari possit; eoque minus ferendum sit, vt hac cautione tanta creditoribus iactura inferatur. Quamuis enim, liberis prodige bona dissipantibus, creditoribus culpa videretur imputanda, quod pecuniam credendo dissolutis moribus fomenta dederint, vix tamen creditores tantae culpae rei habebuntur, nisi prodigus a magistratu declaratus fuerit, aut scientes perdituro crediderint. Quibus in casibus creditoribus auxilium non praestari, par est, legesque iubent. Vrgebis fortasse, suadere aequitatem, ne debitoris liberi cum patre ad egestatem perducantur, ideoque iustum esse, hac bonae mentis exheredatione liberis prospicere; sed creditores eo nomine iure suo priuare iniustius certe duco, eoque magis, quum & auus, nepotibus amicus, reliqua bona, praeter legitimam, ipsis relinquere possit.

§. XIV.

Porro requiritur *debitoris alienantis consilium defraudandi creditores.* Innuunt hoc aperte verba Edicti: *quae fraudationis caussa gesta erunt* in *L. 1. pr. D. h. t.* Igitur ad tempus alienationis omnino respiciamus, atque perpendendum est, num eo tempore iam soluendo non fuerit, vel alienatione facta desierit soluendo esse. Vtrumque fraudationis caussam habet. Ex eo vero quisque intelliget, quod si, quum alienet, bona adhuc suffecerint, deinde vero, aduersa fortuna adflictus, ad incitas redigatur, actio-

ni Paulianae locum haud fore. Nec in hac alienatione fraudis fuſpicio ineſt. Qui vero ex his legis verbis tam neceſſarium conſilium decipiendi reputaret, vt, ſi ſine conſilio in perniciem creditorum meditato, debitor bona in alium conferat, reuocationem denegaret, longe alienus a mente Praetoris mihi videretur. Quantum autem mihi intellexiſſe videor, plerique, fere omnes, eam amplectuntur ſententiam. Ex quo fit, vt inanem operam creditorum, in hac inſtituenda actione, reddant. In contemplatione omnium, quotquot ad manus fuerunt, mirabundus inueni conſpirare eos quaſi vnanimi conſenſu, quod, quum fraus non praeſumatur, eius probationem exigant. Non medelam adferunt creditoribus, ſed vexant adflictos, qui, ſi his probandi difficultatibus obuoluerentur, tempus, operam, ſumtusque perderent. Ita, qui mederi vulneri illato deberent, creditores vulneribus proiiciunt. Quibus ius ipſorum inſtruere incumbebat, eripiunt omnem ſpem de iure cogitandi. Felices praedico creditores, fauſtumque curatorem bonorum, quos nec cogitatio occupat actionis Paulianae ne cogitationis poenam ſoluant. Cupio tandem ſcire quo modo probandi vtendum ſit creditoribus? Teſte forte aduocabis, qui audiuerint, quam malitioſe debitor creditoribus ruinam minatus ſit, alienatione bonorum? obſtupefactum debitorem fingis; ſed maliti raro ſimpliciſſimi hoſpitis hoſpitium quaerit. Litteras documenta quaeris, malitiam prodentia; forte quo typis imprimi curauerit; monſtrum poſcis flagitio debitoris. Quid ergo dabitur probationis? Defera tur iuramentum. Egregium conſilium, peſſimi hominis conſciam mentem euocare! Prouocabis malitian

que

quae custodem indefensum non relinquit. Iurabit, colligas iam fructus actionis Paulianae. Obliuioni fere tradidissem praesumtiones, quibus redintegrare victoriae spem student. Si probationem eo nomine efflagitas, parum solatii dabit. At quae sunt hae praesumtiones probationem instruentes? Inter fortissimas ponunt eam, quae ex *L. 17. §. 1. D. h. t.* depromitur; scilicet si, sciens se habere creditores, vniuersa bona tradiderit; quo in casu sane absonum foret, alia probatione creditores adfligere. Quo vero rarius hic casus obuenit, eo magis inclinat spes creditorum, ex hac praesumtione capienda. Ne itaque in ambiguo lectorem relinquam, tradam quid mihi principiis iuris conueniens videatur. Non eo procedo, vt fraudem, ratione debitoris alienantis, omni ex parte negem; plures tamen adhibendae sunt temperationes. Ac *primo* quidem, *lucratiuo titulo alienatione facta, alienantis fraudem haud requiri* adsero, nemo enim cum alterius damno debet fieri locupletior, & hinc etiam in *L. 6. §. 11. D. h. t.* dicitur: *quod lucrum extorqueatur.* Laederetur autem hoc principium, si ad fraudem donantis restringere velimus. Imo ipsa *h. L.* in lucro translato hoc tantum spectare iubet: *an fraudentur heredes;* quod fieret, si retinere iure donationem posset. Sed haec ipsa vox: *fraudare*, ancipitem mihi reddit victoriam, quum non ignorem hanc vocem saepius *dolum decipiendi* significare. At enim vero, & hoc mihi concedendum erit, pluribus in argumentis hoc verbum adhiberi, quum damnum est datum, quamuis inferenti neque dolus neque culpa possit imputari. Quo in sensu in *L. 2. D. de his quae in testam. delentur: fraudare alterum heredita-*

te dicitur, quum testator vnius heredis, inter alios instituti, nomen deleuerit in testamento; hoc enim facto ipsi quidem damnum infertur, sed quum testator iure suo vtatur, neque doli neque culpae meditatio esse potest. Idem significatus occurrit in *L. 33. §. 2. D ex quib. causs. mai.* vbi plus quam manifestum, ratione eius, de quo fraus praedicatur, culpam haut adesse. Verba vero *L. 1. D. quae in fraud. cred: fraudationis caussa gesta erunt &c.* scrupulum animo non iniiciunt, quum de casu onerosae alienationis lex loquatur. Miror itaque quod tanto adplausu contraria sententia se insinuauerit. Onerosa alienatione suscepta, dolum alienantis & ipse inter requisita refero, qui tamen, probatione considerata, discessionem facio. Eam itaque creditoribus, aut curatori bonorum, eorum nomine experienti, iniungi posse, si debitor ipse debita contraxerit, non concedo, quum praesumtio iuris fortissima eum relaxat. Pauci ignorant, ignorantiam facti proprii ad iniustam seu vincibilem referri. Eam in iure nostro non praesumi *L. 37. D. ad SCtum Vellei. L. 3. pr. de iur. & fact. ignor. L. 7. D. de acquir. vel omitt. hered.* Ex contraria ergo parte, scientia facti proprii erit praesumenda. His principiis adcommodatis, facilis sententiae meae dimanat demonstratio. De duplici scientia debitoris alienantis in actione Pauliana est decertatio, quod scilicet haut ignorauerit debita, atque conscius fuerit patrimonii sui, creditoribus non satisfacientis, aut non suffecturi, si alienationem suscipiat. In vtraque caussa, nullum factum alienum, sed proprium occurrit. Quam ob rem non probatione vlteriori indigebit, quod vtriusque sententia praesumatur. Quae

quum

quum ita ſint, non poteſt non de fraude maxime ſuſpectus praeſumi, ſi, qui cognitum habet, vel habere praeſumitur, bona ſua debitis haud paria eſſe, vel imparia reddi traditione aliis facta, eo non obſtante alienandi conſilium haut mutat. Nec eſt vt, licet culpae reus ſit, a fraude tamen vacationem demus; qui illud enim neſcit, quod ſcire potuit & debuit, minimum magna in culpa verſatur. *Magna enim negligentia culpa eſt, magna autem culpa dolus eſt. L. 226. D. de V. S.* Et ſi dabuntur quoque caſus, quibus ignorantia facti proprii excuſat, hi tamen non creditores onere probandi fatigabunt, ſed, vel debitor alienans vel posſeſſor, has cauſſas, ad purgationem fraudis pertinentes, ad ſui defenſionem deducere obſtringuntur; quo contra ipſos excitatam ſuſpicionem euacuent. Dispar quodam modo ſe ſiſtit ratio, ſi alienans ipſe debitorum auctor non fuerit, ſed defunctus, cui heres ſucceſſit, ea conflauerit. Expreſſim quidem hic caſus in legibus non deciditur, ex ſupra tamen enucleatis argumentis non e longinquo deriuari disſolutio poterit. Nam in hoc caſu ignorantia facti alieni occurrit, haec maxime praeſumitur: immo non nocet, eaque propter fere exiſtimo probandi neceſſitatem creditoribus aut curatori bonorum incumbere, quod ſciuerit aeris alieni, a defuncto contracti, pondus. Huius notitia demonſtrata, fraudis praeſumtio iisdem, quae antea tradidi, principiis innititur. Ignorantia quantitatis rerum hereditariarum plerumque nocebit, quum minimum Iure Saxonico ſpecificationem conficere debuerit. Negligentia vero excuſationem non praebet.

§. XV.

§. XV.

Haec consolatio, creditoribus data, vti ex his decertationibus adparet, non exigua difficultate labefactatur; non raro in ingentem moerorem eos coniicit. Sed in Saxonia delabantem spem redintegrat *supra laud.* DEC. ELECT. NOVISSIMA XXV. Verbis ipsis in memoriam reuocatis, nullam existimo dubitationem superesse, quod creditores ab onere probandae fraudis in alienatione debitoris, siue onerosa siue lucratiua, omnino liberati sint; idque in vtroque casu, diremto in *h. Dec.* obtinebit. Alter est casus, si concursus creditorum iam liquidatione instructus, vel edictales citationes a iudice adfixae sint; eoque in casu debitori potestas iuri suo renunciandi adimitur, & omnis renunciatio pro nulla declaratur; ex quo manifeste docemur, ad fraudem legem non respicere, sed ad hoc tantum, an concursus initium ceperit, an creditoribus remissione damnum inferatur. Alterum exemplum ponitur, quando tempore renunciationis concursus nondum exstitit, sed deinde demum excitatur, aut vni creditori tantum, qui adest, adpareat, bona post alienationem non sufficere; in qua caussa non alia, aut curatori bonorum, aut creditori iniungitur probatio, quam vt demonstratum reddat, iam eo tempore, quo ius suum dimisit, non soluendo debitorem fuisse. Nihil ergo amplius probationi datum conspicio, nisi quod vel concursus inceperit, vel eo tempore soluendis debitis par non fuerit. Ex quibus liquido patescit creditores, actione Pauliana instituta, ad fraudem debitoris, bona distrahentis, probandam non adlegari. Illud in vlti-

mo

mo *Decisionis* casu constat, debitori, aut illi, qui ab ipso caussam habet, reprobationem dandam esse. Qua in reprobatione operam nauabit vel debitor vel possessor, vt elidat probationem. Vnde si demonstretur, alienationis tempore, creditores nihil damni sensisse, vel, si tam latae debitoris culpae, quam fraudis suspicio purgetur, renunciatio valorem non perdit; quae iis non probatis in cassum redit. Inde *in fine Decisionis* disponitur. Daß so dann nach Befinden, auf die Ungültigkeit der beschehenen Renunciation erkannt werden soll. Vna dubitatio in *hac Dec.* animos forte tenebit, an ea, de iuris renunciatione disserens, ad eum quoque spectet casum, si res in patrimonio existentes debitor alienet. Operam igitur dabo, quo hinc scrupulum eximam. Aeque autem verba atque rationem inseruire demonstrabo. Iuri suo non renunciare posse, dubio caret; qui autem dominium rei suae in alterum transfert, nonne renunciat iuri dominii? Oppido liquet. Praeterea vero a maiori ratione merito ducitur argumentum. Si enim de adquirendo iure verba intelligere placet, sane, in adquisito iam iure, fortior ratio vincet.

§. XVI.

Tertium principium actionis Paulianae est: *vt euentu quoque creditores sint defraudati.* In hoc omnibus conueniam. Quum enim creditoribus, laesis per alienationem, Praetor subuenerit, euentus vt respondeat necesse est; atque defraudati creditores non intelliguntur, si, alienatione quoque facta, ipsis satis-

ſatisfieri ex bonis, quae retinuit, queat. Quae de cauſſa nec conſilium debitoris, nec poſſeſſoris dolus ſufficiunt, niſi euentu quoque ad effectum perducatur. Fieri enim poteſt, vt ſi, omni meditatione perniciem creditoribus machinans debitor, bona perdiderit, & eo tempore in ingens detrimentum creditores inciderint; fortunae tamen auxilio, quae aliquando indignis fauet, opibus, eo tempore quum creditoribus ſoluere debet, abundet; hinc exceptio, deficientis intereſſe, creditores agentes repellet. Hoc dum expeditum eſt, illud tantum disquiſiturus ſum: *vnde de euentu conſtare poſſit*; quod generali includam regula: *excuſſo tantum debitore euentum adparere.* Si ergo vnus tantum exiſtit creditor, qui alienationem damno ſibi fuiſſe conqueritur, & eo nomine actionem Paulianam inſtituere intendit, viam ſibi ſternere debet, excuſſione debitoris facta, bonorumque taxatione ſecuta; quo facto ſi adpareat bonorum mediocritas, credito ſoluendo impar, optimo conſilio ad agendum ſe conferet. His vero neglectis, feſtinanter prouocante creditore ad actionem Paulianam, hoc fundamento agendi deficiente, libellus reiiciendus eſt: angebrachter maaßen. Quid vero ſi concurſus creditorum iam ſit inchoatus? Non ſufficere credo ad actionem cum fructu intentandam, quod edictales iam ſint adfixae. Experientia enim abunde docet, ſaepe temerario auſu, ſportularum cupiditate flagrantes iudices, concurſui ianuam aperiri, quum deinde, debitore conquerente de iniuſtitia, bonorum & debitorum aequatione habita, cauſſaque cognita, non raro caſſetur concurſus.

ſus. Quo quum nihil ſit deteſtabilius, non aequum tantummodo erit, in omnem expenſarum reſtitutionem iudicem condemnari, ſed dignus quoqne habebitur, in quem grauiſſima poena animaduertamus. Quin etiam iudex iniuriae, damnorumque cauſſa debitori teneatur, dubitatio deficit. Igitur prouidus & iuſtus iudex, licet omni impetu creditores concurſum poſcant, ipſorum voluntati non illico operam dabit, ſed ipſam cauſſam ſanctiori cura meditabitur. Debitor quoque audiendus erit. Interim in eo non disſentio, iudicem, ſi creditores vereantur, ne alienatione forte ſuscipienda damnum ſentiant, & praeceptum de non alienando eam ob cauſſam efflagitent, ipſis, cauſſa cognita, morem gerere poſſe. Quamuis enim alienationes, in ipſorum detrimentum geſtas, actione Pauliana impugnare iuſtum ſit, tamen melius eſt intacta iura ſeruare, quam poſt vulneratam cauſſam remedium quaerere. Exinde vero, ſi praeceptum de non alienando implorent, nondum iuſta concurſum exordiendi adeſt cauſſa. Quum itaque iudicis officium in hac re, debitori perniciosiſſima, informauerim, parum intererit, ſiue malitia impellatur, ſiue imprudentia labatur. Erunt ex horum genere, qui ex verbis, *concurrere creditores*, notam concurſus ſibi fingunt; in quo mirifice errant. Adeant itaque ORDINAT. REC. *ad Tit. XLI. ſ. 1. princ.* in qua omnia congeſta ſunt ad arbitrium iudicis circumſcribendum, dum ita disponitur: Wenn mehrere Gläubiger zuſammenkommen, und es ſich äußert, **daß der Schuldner in Abfall ſeiner Nahrung**

rung gerathen, also ein *Concursus creditorum* entstehet. Superest, vt doceam, quid, concursu existente, ad euentum demonstrandum requiratur. Necessarium nempe est, vt creditores, in termino liquidationis, liquidarint credita, & bona debitoris, ad massam concursus redacta, aestimata sint. Quo facto, creditorum & bonorum comparatione habita, non e longinquo de euentu iudicium dabitur. Quanto igitur vberius explanaui, euentum princeps fundamentum actioni Paulianae constituere, eo indubitatius duco, neque supra adductam DEC. ELECT. NOVISS. XXV. ab eo declinare, quum nihil ea ex parte commutatum inueniam.

§. XVII.

Excipit hoc requisitum aliud: *fraus scilicet rei contra quem agitur.* Prolixius ea de re non disceptabo, qui supra iam in *§ pho* mentem meam explanaui, &, nisi nimis mihi adsentior, a vexationibus dissentientium liberaui. Summa eo redit: *possessoris, qui sub onere a debitore adquisiuit, dolus, vt sciuerit, tempore alienationis debitorem non soluendo, aut hac alienatione futurum esse, requiritur.* Adeoque actor in libello fundamentum agendi eo dirigere debet, neganteque reo, probationem suscipere. Qui vero lucrum a debitore adeptus est, licet doli reus non inueniatur, indistincte, quoad locupletior hac donatione redditur, tenetur. Cessat ergo hoc requisitum. Operae tamen pretium facturus est actor, si quandoque doli quoque mentionem libello iniiciat, si omnigenam

nam restitutionem rei cum fructibus, & damnis quoque exigere velit, quod adlegato loco iam defendere occupaui. Hoc communi iure vtimur. In DEC. ELECT. NOVISS, XXV quid commutatum sit videamus. In primo casu huius dispositionis, quando nempe, alienationis tempore, concursus iam apertus fuit, scientia possessoris conditionis angustae, in quam debitor dilapsus est, plane in probationem non venit. Inde, siue possessor fraudis particeps fuerit, siue non, ad restitutionem obligatur. Quod non modo non iniquum est, sed iustissimum potius, modo ea, quae ante concursum per Edictales aperiundum partes iudicis officio demandatae sunt, in considerationem vocaueris. Iubet enim ORD. RECOGN. *Tit. XLI. §. 1.* vt si, concurrentibus creditoribus, hoc est, vrgentibus solutionem & cauentibus, ne alius praeferatur, se exserat debitorem bonis dilapsum esse, illico obsignationem bonorum debitoris suscipiat, inuentarium conficiat, curatorem bonorum constituat, debitorem vero ab omni administratione excludat. Vltimo loco instructum vero officium, meo sane iudicio, nondum iis, quae ante disponuntur, absoluitur; opus potius est, vt praeceptum de non alienando debitori insinuet, ne forsan res occultatas, inque inuentarium haut relatas, alienet. His partibus curae suae si satisfecerit, sponte se offert ratio, cur postea intentatae alienationes iure irritae haberi debeant. Libera enim alienandi facultate non gaudebat; quam ob caussam omnis alienatio, a debitore facta, ipso

iure nulla eſt; dominioque ex debitoris bonis non excedente, ipſa rei vindicatio creditoribus competit, in qua non opus eſt de fraude posſesſoris circumſpicere. Quid vero, ſi iudex, antequam has officii partes expleuerit, ſtatim edictalibus proceſſerit? Nec hoc caſu creditori, aut curatori bonorum incumbet fraudem posſesſoris probare. Edictàles enim citationes publice emanant, & hinc dolo non vacat ſi Edictum ignorantiam profiteatur. Alter caſus *Deciſionis* reſtat. Nempe ſi poſt alienationem demum concurſus creditorum eueniat, aut vni creditori bona non ſufficere adpareat. Dubitari poſſet, annon tunc posſesſoris ſcientia, egenae debitoris conditionis, probari debeat? Potiſſimum, ſi oneroſo titulo posſeſſor ius adquiſiuerit. De lucratiuo enim titulo poſſidentibus non dimicabo. De qua re partim ipſa verba luculenter perhibent; partim ex Iure ciuili iam ſatis explanatum dedi. Sed nec intelligo, niſi interpretatione menti legem ferentis contraria inique vti quis geſtiat, quo conſilio, etiam hoc in caſu, miſeros creditores in hanc difficultatem probationis detrudere velimus. Nihil enim amplius in hac probatione, ſecundum *laud. Dec.* creditoribus incumbit, quam vt probent tempore alienationis, debitorem non ſoluendo fuiſſe; atque quum quilibet gnarus eſſe debeat conditionis eius, cum quo contrahit, non ſubtilis eſt aequitas, qua hae probandi ambiguitates creditoribus remittuntur. Si vero debitor in contrarium probet, fraude ſe carere, quum nempe oneroſo titulo accepit, non dubi-

dubito, quia actor repulsam laturus sit. Eo enim nomine quoque adiectum in *Decisione* opinor: Daß nach Befinden, so dann auf die Ungültigkeit erkannt werden soll.

§. XVIII.

Tandem vltimum, quod recensent requisitum adgredior. In eo hoc ponunt; *vt, vel instante, vel moto concursu alienatio facta sit.* Moto concursu quidem actionem dari tralatitium est, & quidquid dubitationis superesse potest, supra, vt spero, exemi. Sed quis instans concursus dicatur, nondum liquet. Illis certe, qui missionem in possessionem aut praeceptum de non alienando, aut Edictales citationes desiderant, minime consentio. His enim in casibus, vel actio hypothecaria, vel rei vindicatio, vel omnis haec actio, quae debitori competiit, datur. Omnes autem hae actiones vinculis & difficultatibus actionis Paulianae non implicari, in superioribus fusius dixi. Mihi itaque instans concursus videtur, quoties debitor est obaeratus, & bona ipsius creditoribus, quod debetur praestare nequeunt. Qam ob rem in hac consideratione omnem reliquam fictionem, legibus minime conformatam, nauci habeo, in quo & ipsa *laud. Dec. Elect.* tutum praesidium praebet. Cetera rei deseruientia supra prolixe exposui.

§. XIX.

Poſtremo loco *de tempore huic actioni deſtinato* dicam. *Anni* ſpatium in *L. 6. ſſ. vlt. & L. 10. pr. D. h. t.* definitum deprehenditur. Illud *L. fin. C. de tempor. in integr. reſtitution.* commutatum eſſe non concedam, quum hoc quadriennium reſtitutionibus tantum, anno vtili, tam ratione initii quam curſus, competentibus, ſubſtitutum ſit. Annus vero Paulianae actioni determinatus, vtilis tantum eſt *ratione initii*, minime vero *ratione curſus*, quod potiſſimum ex *L. 6. ſſ. vlt.* adparet. Indeque explicatione non indiget, annum demum a tempore intellectae alienationis currere.

XI.

DISSERTATIO

DE

PRAESVMTIONIBVS IVRIS

ET

DE IVRE CONTRARII

PROBATIONEM ADMITTENTIBVS.

§. I.

Adfirmantem probationis onere grauari neminem praeterit; quod pro circumstantium caussarum qualitate tam actori, quam reo incumbit. Est autem probatio *actus iudicialis, quo iudici de facto dubio redditur fides;* eamdemque in *artificialem & inartificialem* distingui tralatitium est. Illa expeditur *argumentis e facti visceribus circumspecte erutis*, collectis eo nomine necessariis & probabilibus coniecturis, quarum auxilio, rei alicuius caussa, effectu, antecedentibus & consequentibus probatis, praesumtio consequitur, *L. 5. ff. 6. D. de re militari, L. 6. C. de dolo malo;* haec fit *argumentis extrinsecus petitis*, ordinariis scilicet probandi modis, testibus, documentis confessione aduersariae partis, adminiculante quandoque iurisiurandi delatione, aut oculari inspectione., Vtraque haec esse potest, vel *plena*, vel *minus plena*, seu *semiplena*, vt dicunt, & haec iterum vel *semiplena maior*, vel *minus plena simpliciter talis*, vel *semiplena minor*. Minus plenam qualemcumque, ex Iuris Romani principiis non quidem concedit HEINECCIVS in *elem. iur. ciu. sec. ord. Dig. P. IV. §. 118.* dum putat, semiplene probantis conditionem non meliorem esse debere, quam eius qui nihil plane probauit, quoniam vnius hominis testimonium nequaquam sit admittendum *L. 9. ff. 1. C. de testib.* At tamen pace tanti viri putarem, nec Romana iura minus plenam probationem respuere. Quodsi enim *L. 21. D. de iureiur.* non alto contemnere velimus supercilio, probatio liquide adparebit. Verba nempe, *solent enim saepe iudices*

 in

in dubiis caussis, *exacto iureiurando*, *secundum eum iudicare qui iurauit*, quidquid alii ad corrumpendum sensum excogitent, imperfectae probationi effectum concedunt. Aliam certe verba, *in dubiis caussis*, non admittunt interpretationem, quam quod, si vel actor vel reus aliqualem, sed non sufficientem, probationem adtulerit, iudex, delato iureiurando, defectum suppleat. Si enim plane nihil probationis datum fuerit, non intelligerem, qua ratione iudex iusiurandum iniungere posset. Id autem quam lubentissime largior, vnius hominis testimonium non sufficere ad victoriam vel absolutionem; hinc vero haut patere existimarem, minus plenam exinde non posse induci probationem. Et licet in Iure Iustinianeo nomen istius probationis expresse non inueniatur, vix tamen, ac ne vix quidem, negari poterit res ipsa, quum verbum ex legibus sic accipiendum sit, tam ex legum sententia quam verbis. *L. 6. ʃ. 1. D. de V. S.* Et si quoque leges Romanae ancipitem relinquant mentem, *Ius canonicum* tamen, cui mores in hoc argumento consentiunt, omnem dubitationem eximit, *C. vlt. X. de iureiur.* confer. & NIC. CHRIST. LYNCKERI *diss. de semiplenis probationibus C. 1. ʃ. 2.* & STRYCKII *diss. de semiplenae probationis existentia C. 1. ʃ. 4. sqq.* Aliam quoque probationem esse *offensiuam*, seu in specie talem, aliam *defensiuam*, puto reprobationem, aliam *sollennem*, aliam *minus sollennem*, siue, vt pragmatici eas vocant, *probationem & demonstrationem*, Germanice Beweis und Bescheinigung, aliam *regularem*, aliam *irregularem*, scilicet ad perpetuam rei memoriam, communiter in scholis circumfertur.

§. II.

§. II.

Quum autem factum, & quidem dubium vel incertum, a quo litis decisio dependet, sit probandum, sponte fluit, *ab hoc onere eximi leges, seu ius scriptum*, non vero consuetudinem, siue ius non scriptum, quippe quod in republica in facto consistit, facta autem non praesumuntur, *L. 34. D. de LL. L. 2. D. de iur. & facti ignor.* quod & de specialibus partium iuribus erit adserendum, *L. 5. pr. & §. 1. D. de probat. & praesumt.* Facto itaque dubio in probationem tantum veniente, consequitur, immunia esse a probatione facta *notoria*, *C. 3. X. de testib. cog.* vel *ab aduersario adfirmata.* Pariter & possessione tutum iura liberum reddunt ab hoc onere, *L. 24. D. de rei vindic. L. 14. & 18. D. de probat. & praesumt. L. 128. D. de R. I. L. 2. & 8. C. de probat.*. Deinde & ille probatione non grauatur, *qui quamdam pro se adlegare potest praesumtionem*, *L. 3. 11. & 12. D. de prob. & praes.* quae efficit, vt in aduersarium deuoluatur probatio, eoque nomine non incongrue praesumtionem reuelationem ab onere probandi vocant; quod tamen de eo tantum casu adfirmare mallem, si factum, ex quo eiusmodi praesumtio oritur, prius iam probatum vel notorium sit.

§. III.

Praesumtionem ab onere probandi immunem reddere, iam tradidi. Definitur autem *praesumtio*, quod sit *coniectura ducta ab eo quod plerumque contingit*, siue est *probatio per argumenta probabilia facta.* Differt vero praesumtio a *fictione*, haec enim ALCIATO *in tr. de praesumt. P. I. no. 2.* & WESENBECIO *in comment. ad dig. tit. de probat. & praesumt. no. vlt.*

eſt: legis aduerſus veritatem in re poſſibili ex iuſta cauſſa diſpoſitio, ſiue VT HAHNIVS *ad Weſenbecii loc. all.* eſt falſi pro vero, aequitate ſuadente, legis adſumtio. Ex quo latiſſime patet fictionem inter & praeſumtionem tam fundamenti quam effectuum ratione, eſſe diſcrimen. Fictionis enim fundamentum eſt *aequitas*, praeſumtionis autem *probabilitas*, illa efficit idem quod veritas, haec idem quod opinio. Triplici fictionem fieri modo adfirmant ALCIATVS *P. I. oper. pag. 1278. ſqq.* & IO. BERNH. FRIESE *in diſſ. de colore th. 8* nimirum: vel *adfirmatiue*, ſeu *inductiue*, vbi quod non eſt eſſe fingitur, e. c. partus in vtero adhuc exiſtens habetur pro iam nato, quoties de ipſius agitur commodis, *L. 7. D. de ſtatu hom.* vel *negatiue*, ſeu *priuatiue*, vbi quod eſt non eſſe fingitur. ſic e. g. omnia quae contra leges facta ſunt pro infectis habentur, *L. 38. D. de contrah. emt. vend. L. 14. ſſ. 1. C. de SS. eccleſ. L. 5. C. de LL. L. 6. 7. & 34. C. de inoffic. donat.* vel *translatiue*, vbi quod in vno eſt in alio eſſe fingitur, & hanc fictionem iterum quadrupliciter fieri perhibent laudati auctores, nempe: 1) a perſona ad perſonam *L. 1. ſ 12. D de vi armata Nou. 118. c. 3.* 2) de re ad rem, *ſſ. 44. I. de rer. diuiſ. L. 9. ſſ. 6. D. de adquir. rer. dom.* 3) de tempore ad tempus, ſic e. g. ratihabitio alio tempore facta retrotrahitur ad tempus contractus 4) de loco ad locum vt v. c. in iure poſtliminii *L. 14. 16. & 26 de captiu.* Sed ne diutius a tramite aberrem, mittam haec, & potius praeſumtionum diuiſionem deſiderabo. Diuidi autem varie ſolet praeſumtio. CORVINVS *in erotem. iur. can. III. 30. 4. ſqq* ſiſtit quadruplicem, ſcilicet temerariam, probabilem, violentam & neceſſariam.

Aliam

Aliam diuiſionem praeſumtionum praebet ALCIATVS *in tr. de praeſumt. P. II. no. 2.* vbi putat: aliam eſſe vſurpatoriam, aliam diabolicam, aliam ſacrilegam, aliam conſpiratoriam, aliam perniciofam, aliam nefandam, aliam ambitioſam, aliam faſtuoſam, aliam praeordinatam, aliam obedientiae, aliam negligentiae, quas tamen omnes equidem non facio meas.

§. IV.

Porro diuiditur praeſumtio a commentatoribus in eam *quae a iudice*, & in eam *quae a lege inducitur.* Illa, quae & *hominis praeſumtio* vocatur, eſt, quando iudex ex ſpecialibus circumſtantiis, in negotio quodam ſingulari occurrentibus, aliquid colligit, illudque, donec contrarium probatur, pro vero habet. Effectus itaque huius eſt, vt iſtam adlegans adiumentum ab eadem accipiat, vel releuetur ipſa probatione. Eſſe autem poteſt eius modi praeſumtio vel in bonam, vel in malam partem, vbi iudex, prout id exigunt rerum circumſtantiae, mox ſuppletorium, mox purgatorium, mox ipſam, in criminalibus ſcilicet, decernere poteſt torturam.

§. V.

Quae a lege inducitur praeſumtio iterum fertur eſſe *vel iuris, vel iuris ac de iure.* Vocant autem *iuris praeſumtionem, quam ex probabilibus lex colligit circumſtantiis*, coniectura deducta ab eo quod plerumque contingit, ſpectata generis humani conditione, perſonae qualitate, rerum, contractus, negotiiue natura aliisque circumſtantibus cauſſis. Effectus huius praeſumtionis eſt, *vt eum, pro quo militat, a probationis onere reddat immunem, ita tamen, vt aduerſario contrarii probatio haut denegetur*, tamdiu enim

enim pro veritate accipitur, quamdiu contrarium non est probatum. Si autem plures inter se pugnant praesumtiones, tam actoris quam rei caussae adsistentes, quod dicunt collisionem, fortior vtique vincit alteram imparem, confer. *Perill.* BOEHMERVS in *diss. de collis. praesumt.* sin vero illae aequa pendent libra, adeoque dubia caussa sit, semper rei partibus fauendum est, quoniam huius caussam iura censent benigniorem. *Iuris ac de iure praesumtionem*, quam quoque *impropriam* adpellant, dicunt esse, *quae rem praecise ita sese habere nec aliter esse posse probet.* Hinc & effectum isti tribuunt, quod contrarii probationem respuat, adeo, vt confessioni alterius partis, aut notoriae veritati contrariae spem vincendi aegre faciant. Verum enim vero, licet illa diuisio vnanimi ferme sit recepta doctorum consensu, nihilo tamen minus tam essentia quam effectus legum auctoritate destituitur, sed mera doctorum eaque falsa nititur opinione, quam inter commenta iure referam. Cognorunt hoc & iam pridem praesertim BACHOVIVS & COCCEIVS; Ille in *V. II. ad Treutler. P. II. disp. 4. th. 10. lit. c. vulgo & nomine non satis congruo*, inquit, *praesumtio iuris ac de iure appellari solet;* hic in *diss. de directa probatione negatiuae §. 17. disputant DD. sed non conuenit inter eos*, ait, *quid nomine praesumtionis iuris & de iure veniat, est enim illud a DD. conuictum & veluti barbarum, certam significationem non habet.* Operae hinc pretium esse duxi, loca academici speciminis pro virium imbecillitate demonstrare, *quam incomta praesumtionis iuris ac de iure sit inuentio.*

§. VI.

§. VI.

Si praesumtionem considero, illa est probatio per argumenta probabilia facta; qua de re prono fluit alueo, *omne qualiscumque praesumtionis fundamentum esse probabilitatem. Probabilitas* vero est, *quando mens humana de veritate haut prorsus se sentit conuictum, sed dubitandi aliquem habet locum*, adeoque in hoc se distinguit a demonstratione, quippe quae est certa de rebus necessariis veritatis cognitio, vid. *cel.* AVG. FRID. MVLLERVS in der Einleitung in die philosophischen Wissenschaften, *P. I. c. 19. §. 1.* & quidem ita comparata, vt omne plane tollat dubium contrariique possibilitatem excludat, quod non aeque efficit probabilitas, dum facti interpretatio quandoque & prudentissimos fallere possit, *L. 2. D. de iuris & facti ign.* & verosimilitudinis licet summus gradus oppositi possibilitatem admittat, *laud.* MVLLERVS *l. a. §. 7.* Hypothesis nempe seu praesumtio ab initio, priusquam ex colligatis circumstantiis, obiecto conuenientibus, probabilis fit, mera est possibilitas, quae sua natura numquam respuit contrarii possibilitatem. Et licet circumstantes caussae obiecto posthaec consentiant, ac quemdam exinde gignant verosimilitudinis gradum, nihil tamen magis efficiunt, quam vt probabilis vel verosimilis dimanet conclusio, qua tamen non obstante oppositum existere potest, qua & in re probe versatur *laud.* FRIESEN in *all. diss. th 6. Praesumtio enim quum a probabilibus dependeat*, inquit, *quae non nisi opinionem generant, semper in dubio stat, neque adsentientem reddit certum & sine formidine errandi. Quod autem praesumtio veritatis habeatur comes, eatenus verum est, quatenus nulla in contrarium adparet probatio.* §. VII.

§. VII.

Dicta hactenus nunc breuibus hoc includo argumento. *Praesumtionis fundamentum est probilitas. haec* autem *non excludit contrarium*, *ergo nec illa*. Quod si ergo in praesumtione contrarium possibile est, sequitur, quod eo probato euacuetur praesumtio, omnis enim praesumtio per aliam fortiorem tollitur, multo magis veritati cedere debet; quum falsa demonstratione veritatis substantia mutari nequeat. *L. 5. C. de iur. & facti ignor.* Ex quo sponte fluit, quod iniquum maxime & contra omnia tam diuina quam humana iura actum foret, si cuidam contrarii probationem denegare velimus, siquidem in omnibus maxime vero in iure spectanda sit aequitas, *L. 90. D. de R. I.* Hinc veniam facilius me impetraturum sentio, si, quo fieri poterit modo, philosophiae regulis leges adplicem. Quae & omnia iam perspexit ALCIATVS qui in *tr. de praesumt. P. II. no. 4. sqq.* tribus potissimum ex caussis contra eiusmodi praesumtionem admittit probationem: 1) *si contrarium sit notorium*, 2) *si aduersarius ipse id confiteatur*, 3) *si aduersarius contra hanc probationem sese haut opponat*. Quid quod & LAVTERBACHIVS sollers alias istius praesumtionis propugnator in *colleg. theoret. pract. tit. de praesumt. §. 52.* contra eam ex contrarii notorietate & aduersarii confessione probationem largitur. Quamuis autem illis facile consentiam, quod in his casibus praesumtio elidatur, in eo autem discedendum mihi esse existimo, quod contra has praesumtiones probationes alias haut admittant. Quo autem certius est, probabilem tantum praesumtionum esse caussam, eo firmius mihi habeo persuasum,

quam-

quamlibet veritatis probationem plenam, licet suppletorio demum efficiatur, praesumtiones has euellere.

§. VIII.

Ex iam dictis itaque adparere existimarem, quod eius generis praesumtio neque existere, nec eum, quem ipsi tribuunt, producere queat effectum. Quibus praemissis, ad vellicanda exempla, quibus stabilire has praesumtiones conantur, me conferam. Quum enim directe ex iure illam demonstrare nequeant, indirecte tamen in legum ratione praesidium quaerunt, ac inuenire sibi persuadent. Ast, legum perscrutationi anxie operam dans, leges istas ita deprehendo comparatas, vt facili negotio eam, quam communi quasi consilio his legibus vim tribuunt, eneruare queam. Hinc non parum miror COCCEIVM in *all. diss. §. 14.* & SCHAVMBVRGIVM in *compend. iur. dig. L. XXII. t. 3. §. 13.* eam fouere opinionem, quod leges istae, ex quibus dissentientes praesumtionem iuris & de iure probare credunt, penitus non admittant contrarii probationem, quare & nos oporteat harum legum dispositioni stare.

§. IX.

Primum autem argumentum, ex quo iuris ac de iure praesumtionem colligere sibi persuadent commentatores, est *res iudicata*, quam ex ea praesumtione pro veritate vendunt, nec vllam contra istam admitti censent probationem. Sed parum ipsis solatii praestat *L. 35. D. de iudic. L. 207. D. de R. I. L. 4. C. de re iudic. c. 13. & 15. X. de sentent.* Quem enim fugit, quod eiusmodi sententia rescindi queat? Si nimirum: 1) vel contra iura, vel formam processus, *L. 19. D. de appellat. L. 1. & 2. D. quae sent. sine appell.* resc.

resc. L. 2. C. quando prou. non est, c. 1. X. de sentent. Rec. Imp. de a. 1654. §. 121. sq. ord. proc. Sax. rec. T. 38. §. 1. 2) vel aduersus rem prius iudicatam, *L. 13. C. quando prou. non est, c. 20. X. de sentent.* WERNHER *P. X. obs. 299.* 3) vel ex falsis instrumentis, aduersariorum conspiratione, vel testium pecunia corruptorum testimoniis, *L. 33. D. de re iudic.* L. *2. 3. 4. C. si ex falsis inst. L. 2. D. de except. c. 2. X. de crim. falsi, c. 9. X. de test. c. 22. X. de sentent.* WERNHER *P. VIII. obs. 290. n. 5.* 4) vel dolo lata sit, *L. 15. D. de iudiciis,* His itaque ex caussis quum leges rescissionem concedant, profecto non perspicio, quo adfirmare queamus modo, quod aduersus rem iudicatam contrariae probationi locus non relinquatur. Plura scire cupidus legat IO. FR. LANGII *diss. de sententia definitiua, auctoritatem rei iudicatae in quibusdam caussis non impetrante §. 6. & 7.*

§. X.

Alterum quod proferunt argumentum sumtum est a *iureiurando*, fingunt enim dissentientes, praestito iureiurando praesumtionem iuris ac de iure adesse, quod is, qui illud praestitit recte & vere iurauerit, adeoque existimant aduersarium ad periurii probationem admitti non posse. Ast vereor, ne eorum opinio collabefactata reddatur, si paullo adcuratius inuestigemus iurisiurandi naturam. Omne enim iusiurandum a parte delatum consensum requirit, eumque dolo interueniente excludi, probatione non indiget, adeoque iurisiurandi vis euanescit. Et licet dicant, quod transactio adsit & sibi aduersarius imputare debeat, quod per delationem iurisiurandi alterum in sua caussa constituerit iudicem, vt autumat

EN-

ENGELBERTVS A BVRG in *diss. de periurio c. 5. th. 11.* tamen nec hoc quidquam efficit, quum & transactio bonam fidem supponat, cui si dolus accedit, irrita fit, quia dolus consensum excludit. Hinc & nulla redditur transactio, quae ex falsis est elicita instrumentis, *L. 1. & 3. C. si ex falsis instrum.* & naturalis nos docet aequitas, neminem alterius damno fieri debere locupletiorem, quin & ipse IVSTINIANVS in *L. 13. C. de reb. cred. & iureiur.* lucrum ex periurio inprobat. Monent quidem dissentientes, casum in ista lege esse specialiorem, quod & inficias non eo, sed negari quoque non poterit ipsam illius dispositionis rationem esse generalem, *ne scilicet vllum peieranti ex periurio accedat commodum; & quod impium lucrum cuidam ex delicto adferre legibus haut concedatur*, ideoque aperte satis patet per interpretationis regulas, legem ipsam ob generalem rationem ad reliquos periurii casus posse extendi, id quod & in *diss. de caussa ob praestitum iuramentum iudiciale detisa probato periurio retractanda §. 12.* fusius iam dedi demonstratum. Prouocant quidem dissentientes ad *L. 1. C. de reb. cred & iureiur.* sed subsequentia si consideramus inuenimus limitationem, nisi lege quidpiam specialiter eximatur; dolus autem excipitur adeoque periurio probato caussa erit rescindenda. Eiusdem momenti est *L. 5. §. 2. D. de iureiur.* quia scilicet iudex in ferenda sententia secundum probata non vero de latente adhuc dolo iudicat, conf. *all. diss. §. 14.* verba enim: *quasi satis probatum sit;* praesumtionem tradunt quae per contrarii probationem, id est doli euidentes demonstrationem tollitur. Eamque ob caussam *L. 11. §. 3. L. 26. & 31. D. de iureiur.* defensioni non

Z offi-

officient, quum legitimum requiratur iusiurandum. Argumentum quod dissentientes a re iudicata ducunt per *L. 2. D. de iureiur.* flocci quoque est consendum, quia nullibi inuenitur, quod ex periurio notorie falsum pro vero haberi debeat, & rem iudicatam contrarii probatione elidi posse, superiori §pho iam dedi demonstratum. Non vero his tantum legum principiis mea stabilitur sententia, sed & *c. 18. X. de iureiur.* vbi INNOCENTIVS III. caussam ob periurium retractandam esse iniungit, egregia, qua motus, addita ratione; quoniam iusiurandum non, vt iniquitatis esset vinculum, fuerit introductum. Insigne pondus maioremque vim meo adserto praebet *const. crim. art. 107.* quae caussam iureiurando decisam periurio probato expresse praecipit rescindi. Huic quidem communi imperii legi in totum derogare *const. Elect. 15. P. I.* contrarium sentientes existimant; ast tantum abest, vt haec patria lex meam infringat caussam, vt potius quam maxime reddat confirmatam. Nam mens *sereniss. legislatoris* id sibi vult, quod scilicet ante sententiam quae iusiurandum confirmat nulla admitti debeat contrarii probatio, ne lites in infinitum crescant, vid. *diss. all.* §. 23. non vero, nisi me omnia fallunt, prohibet post sententiam periurii demonstrationem & indebiti condictionem. Quin & ipse ENGELBR. ABVRG. *c. l. th. 12.* ab eoque adlegatus CARPZOV. *ad dict. const. def. 3. & 5.* limitationem intuitu huius legis adiiciunt, quod pro rerum circumstantiis probato satis periurio condictio indebiti sibi locum vindicet. Qui autem hanc legem aliter explicat, contra mentem ipsius agit, & peierantibus aperit profecto malitae ianuam. Ex his ergo satis, vt opinor, constat, *periurii probatio-*

ne, elidi posse praesumtionem, ex iureiurando praestito elicitum. De modo vero periurium probandi non pluribus dicam. Vtar potius regula in *all. diss. §. 20.* adlata: *quocumque modo ordinario dolus plene probatur eo quoque periurii euidentia adparebit.*

§. XI.

Tertium argumentum ducunt aduersarii a *praescriptione.* Existimant enim eum, qui rem per legitimum temporis spatium, & secundum legum requisita, possedit, ex ea, quam sibi fingunt, praesumtione, pro vero rei haberi domino. Ast potius cum THOMASIO in *iurispr. diuin. L. II. c. 10. §. 152 sq.* statuo, quod publica salus, cum aequitate naturali coniuncta, fictionem hanc effecerint, quae praecipua veraque praescriptionis est ratio *L. 1. D. de vsurpat. & vsucap.* quae & legislatorem mouit, vt poena negligentes adficerentur, & eo certior rerum tandem eueniat dominus, sibi enim imputent negligentes, quod res amissas non intra legitimum tempus adsequi curauerint. Quod autem praescriptionem, quam vocant immemorabilem, adtinet. i. e. eiusmodi quae hominum egreditur memoriam, statim cessabit, si legitimo modo probatur, rem in alio, quam quo nunc inuenitur, possessionis statu intra legibus praescriptum tempus fuisse. Hinc & certo certius patebit, quod neque in hoc casu iuris ac de iure praesumtio contrariam exterminet probationem.

§. XII.

Non efficacius est argumentum, quod ex *indebito scienter soluto* depromere student per *L. 1. §. 1. L. 50. D. de condict. indeb. L. 53. D. de R. I. L. 9. C. de cond. indeb. L. 7. C. de condict. ob caussam dat.* In ea quip-

pe

pe versantur opinione, quod is, qui indebitum sciens soluerit, iuris ac de iure praesumtione donasse censeatur, adeoque ad contrarii probationem nequeat admitti. Inficias equidem non eo, quod in hoc casu oppositi demonstratio sibi locum vindicare nequeat, sed nego ac pernego, quod hoc fiat propter commentitiam hanc DD. praesumtionem. Nam fundamentum condictionis indebiti est error facti, *L. 1. §. 1. D. de condict. indeb.* quo cessante ipsum tollitur indebitum, & solutum per rerum naturam donationem redolet, quae per liberalitatem nullo iure cogente in acceptantem collatam definitur, eaque semel translata in consentientem reuocari nequit, nisi ex iustus a legibus concessis caussis. Hinc patet, quod qui non ignorans aliquid soluit, ad quod neque naturali neque ciuili iure obligatus est, re vera donet, nec vlla propterea opus sit praesumtione. Vbicumque enim demonstrari potest, vel adparet veritas, ibi iure meritoque exsulabit praesumtio.

§. XIII.

Ad *quintum* harum fucatarum praesumtionum exemplum progredior; aiunt: *liberos, constante matrimonio natos, ex praesumtione iuris ac de iure credi legitimos*; licet quoque vel ipsa mater partum adulterinum esse profiteatur, per *L. 11. ʃʃ. 9. D. ad L. Jul. de adult. coerc. L. 29. ʃʃ. 1. D. de probat. & praes.* Est vero eo nihil inconcinnius cogitatu. Primo enim illa praesumtio ex adlegatis legibus tuto consilio non colligitur, deinde quoque statim adparebit conditionem maritorum reddi durissimam, feminas ad delicta improbe inuitari, facilemqne viam ad effugiendam flagitii poenam sterni. Quae quo sunt iniustiora, eo sol-

ſollertius adfirmo, etiam in hoc caſu adulterii probationem hanc eneruare praeſumtionem. Si igitur abſens fuerit maritus, ſi impotentem ſe fuiſſe probauerit, oppido patet, filium, his temporibus conceptum & inde natum, legitimum haberi haut poſſe, niſi praeſumtiones iuris ac de iure cornutum maritum legitimo reddere modo, audacter quis defendere velit. A quo tamen propoſito ipſas leges, ſcilicet *L. 6. D. de his qui ſui vel al. iur. L. 1. ſ. 14. D. de adgnoſc. & al. lib.* alienas deprehendo. Id tamen quam lubentiſſime largior, liberos praeſumi legitimos, donec aperte contrarium demonſtretur, *L. 38. D. de condit. & demonſtr.* & quemlibet habilem ad generandum haberi, niſi aperte aliud probetur, ALCIATVS in *tr. de praeſ. Reg. I. praeſ. 41.*

§. XIV.

Aliud praeſidium DD. in *SCto Macedoniano* inueniſſe credunt, vbi IVSTINIANVS *L. vlt. C. ad SCt. Maced.* praecipit, quod, ſi miles, filius familias adhuc, acceperit mutuum, non poſſit ſe hac tueri SCti exceptione, nec debeat haberi ratio, vbi credita pecunia ſit conſumta; egregiam inſimul addit rationem, quoniam in plurimis cauſſis milites ſui iuris hominibus acquiparentur, eamque altera confirmat: quia miles non praeſumatur in aliud quidquam quam in rem caſtrenſem impendere pecuniam. Perſuadent ſibi hinc diſſentientes, hanc legis diſpoſitionem ex vltima potiſſimum profluere ratione, ſcilicet ex praeſumtione, quam tantam vendunt, vt contrarii probationi non detur locus. Sed, adcuratius lege penſitata, cognoſcemus, falſam hanc eſſe interpretationem, nam expreſſe IMPERATOR dicit de fictio-

ne, quae vera huius legis ratio eſt, quippe quum miles filius familias vere ſit alieni iuris, & tamen pro homine ſui iuris haberi debeat, certo certius fictio adparet, & ex hac deinde iſta legis fluit diſpoſitio. Quin immo praeſumtionem non principalem eſſe rationem patet ex eo, quoniam nulla admitti debet contrarii probatio, & quidem recte, quia fictio hanc excludit. praeſumtio vero ſi vnicum eſſet fundamentum ſtatim eſſet refutanda, dum contrarium poſſet demonſtrari, ſi ſcilicet miles iſte probet, ſe pecuniam creditam luſu perdidiſſe.

§. XV.

Non mediocri ſpe imbuti, auidi argumentum ducunt diſſentientes *a muliere fideiubente. & poſt biennium interceſſionem repetente*, *L. 22. C. ad SCtum Vellej.* Eamque fideiuſſionem ideo validam reddidiſſe IVSTINIANVM, ſibi perſuadent, quia ex hoc temporis ſpatio, reiteratioņeque ſecuta, ſatis deliberaſſe cenſeatur. Eamque praeſumtionem tanti faciunt, vt nullo modo contrarii probationem admittant. Quamuis autem in eo conueniam, quamdam huic legi ineſſe praeſumtionem, tantam tamen non habeo, vt contra eam probaturae feminae repulſam dare poſſimus. Ne verbo quidem legis contrariam probationem exſtirpari intelligere potui. Quin immo verbum *videtur*, quo vtitur legislator, euidenti fere ratione contra facit. Quo circa ita coniicio de IVSTINIANI mente: alias quidem femina fideiubens praeſumitur, nondum habita deliberatione ſe obligationi iunxiſſe, neque obligatur. Quod ſi autem iterum, tanto interiecto ſpatio, repetierit fideiuſſionem contra potius praeſumitur, niſi euidenti probatione contraria

traria praesumtionem labefactet. Quid ergo si grauiter doceat, beneficii non esse redditam certiorem? Quid si persuasionibus se esse circumscriptam vrgeat atque probet? Tanta sane haec erunt momenta, vt ab obligatione eam omni modo relaxemus.

§. XVI.

Ex *contractu* deinde *chirographario* ipsorum sententiae non parum ponderis accedere putant. Non leuem sane veritatis speciem reddit, quod biennio elapso, tacente debitore, praesumatur numeratio, quodque *L. 14. C. de non num. pec.* post biennium *nullo modo* exceptionem non numeratae pecuniae admittat. Sufficeret hoc solum argumentum integrae dissertationi. Sed cancellis huic disputationi constitutis circumdatus, paucis tantum huic refellendae praesumtioni operam nauabo. In vulgus iam cognita est diuisio inter hanc priuilegiatam & non priuilegiatam exceptionem. Pariterque apud plerosque huic controuersiae manus admouentes constat, *L. 14. all.* de priuilegiata tantum exceptione disponere. Quae si vera sunt, sponte fluit, hanc, quae ex chirographo depromitur, praesumtionem inter iuris tantum praesumtiones esse referendam. Veram autem hanc distinctionem, legisque interpretationem esse, inde mihi persuadeo, quoniam primo me fugit quo nomine ea, quae Iure Romano tantum contra sollennem scripturam data sunt beneficia, ad hodiernas priuatas scripturas adplicare velimus. Quod, quam incongrue factum sit, vberrime demonstrat *Perill.* BOEHMER. *in doctr. de act. S. II. c. 8. §. 47. sqq.* vt adeo merito has dispositiones ad priuilegii casum restringamus. Deinde vix quisquam negabit, exce-

ptionem hanc olim fuiſſe perpetuam, adeoque Iuſtinianus, nouam hanc legem tradens. quum totam abrogationem prioris legis non expreſſerit, de priuilegio tantum diſpoſuiſſe videtur. Haec vero ſi legenti non adrideant, melius erit, vt fictionem dicat negligentiae in poenam introductam, praeſumtionis enim vox male adplicabitur. Eodem modo procedendum erit, ſi praeſumtionem quam ex *L. 3. 4. 6. 14. ff. 1. & 3. C. de non num. pec.* deducunt conſidemus. Si ſcilicet ibi adſeritur, quod ſi debitor vſuras, partemque debiti in chirographo confeſſi ſoluit, vel in primi debitoris vices ſe ſubſtitui paſſus, aut iterato confeſſus ſit ſolutionem, exceptio non numeratae pecuniae haut concedatur. Hoc ipſum quod ex praeſumtionibus deductum putat, hoc tantum euincet, praeſumtionem, quae alias intra biennium debitori conſulit, quod ſpe tantum numerationis dederit chirographum, nunc his accedentibus circumſtantiis tolli, quod vero contra hanc nouam praeſumtionem probatio denegetur, demonſtrari exinde nequit. Sed hodie fere dubium exſtinctum per *Dec. Elect. nou. XXIV. de anno 1746.* In qua probatio quidem exceptionis non numeratae pecuniae ad quinquennium reſtringitur, ſi per teſtes probare quis cupit. Sed per documentum perpetuo probatio ſuſcipi poteſt.

§. XVII.

Porro *tutore inuentarium conficiente*, ſtatuunt inde oriri praeſumtionem iuris ac de iure, quod illa res vere ad pupillum pertineat, & hinc probatio in contrarium admitti nequeat. Eaque propter ad *L. 13. C. arbitr. tut.* confugiunt, & ſatis ex hac lege opi-

opinionem demonſtraſſe ſibi videntur. Verum enim vero ne hic quidem exſulat contraria probatio. Quid ſi enim tutor v. g. praedium quoddam, quo ipſe iudicialiter fuit inueſtitus, ex errore permiſerit pupilli inuentario inſcribi? Quid ſi teſtes omni omnino exceptione maiores, quos claſſicos pragmatici vocare ſolent, iudicialiter deponant, rem ad tutorem ſpectare arg. *L. 18. C. de teſtib.*? Quid ſi ipſe tutor iurato adſerat, rem non pupilli ſed ſuam eſſe? Regerunt aduerſarii: ex praeſumtione res donata cenſetur; quum vero omnis donatio donantis requirat voluntatem, inconcinna eſſet meditatio qua errantis conſenſum nobis fingeremus, *L. 15. D. de iurisdict. L. 9. D. de pactis inter emt. & vendit.* Vrgent quidem aduerſarii: ex legis diſpoſitione donationem effici; ſed velim mihi demonſtrent, vbi hoc legibus ſit ſtatutum? *L.* enim *13. C. arbitr. tut.* hoc non inducit, & in reliquis legibus altum eſt ſilentium. Hinc inde fluit, quod nec huius rei intuitu iſta, quam ſibi DD. fingunt, adſit praeſumtio. ſiquidem, tutore plene probante rem, pupilli inuentario inſcriptam, non ad pupillum ſed ad ſe ſpectare, ex errore autem in inuentarium eſſe translatam, ſtatim illa res legitimo extradenda erit domino, ſcilicet tutori, quia falſa demonſtratione veritati praeiudicare poterit nihil, *L. 5. C. de iur. & fact. ignor.* multo minus ergo haec praeſumtio, vbi probatio in contrarium aderit, aduerſus veritatem ipſam quidpiam poterit efficere. In qua & re ALCIATVS in *tr. de praeſumt. P. II. no. 20. in fine* qui acutiſſime praeſumtionum veſtigia indagauit, mecum conſentit. Id autem ambabus manibus largior diſſentientibus,

tibus, quod iſta res pro re pupilli habeatur, donec tutor legitimo aliud probet modo, quia pro inuentario militat praeſumtio *L. 17. D. de prob. & praeſ.* Quod ſi autem aliud demonſtrari poterit, tunc merito contrarii probatio locum vindicabit arg. *L. 22. ſ. 10. D. de iure deliber.* Et hanc vim praeſumtionis *all. L. 13. C. arb. tut.* conſtituit.

§. XVIII.

A *tacita* quoque *pignoris remiſſione* coniecturam veritatis ducunt, ſiquidem, creditore pignus reddente, firmiter reſolutionem pignoris praeſumi expeditum adſerunt. De qua re concepta verba *L. 7. C. de remiſſ. pign.* docent. Non diffiteor quidem factum eam mentem prodere, ceſſare autem hanc praeſumtionem, ſi petenti debitori ad tempus reſtituat in aprico iacet; quae, alio quoque errore demonſtrato, absque omni dubitatione in caſſum redit.

§. XIX.

Haec autem ad conciliandas iuris ciuilis ſufficiant. Vertor ad *Ius canonicum*, ex quo disſentientes praeſumtionis iuris ac de iure veſtigia depromere ſtudent. Sed ſpe ſua decipiuntur, ſi ad *C. 12. X. de praeſumt.* prouocant; & inde firmam adulterii praeſumtionem iuris ac de iure ducere conantur. Caſus ab eorum mente longe alienus ibi deprehenditur; iuſtam nempe *hoc cap.* reputat diuortii cauſſam, ſi probari plene poſſit vxorem nudam cum nudo lecto accubuiſſe. Tanta ſane haec eſt iniuria, quantam & cornua occulte ferre adſueti, vindicare ardent.

Quum

Quum itaque mens, malitia adulterandi thorum expleta, oppido pateat, violenta & certa fornicationis ſuſpicio merito exinde dilucet. Qui autem ex verbis huius diſpoſitionis adulterii commiſſi praeſumtionem iuris ac de iure, euacuantem contrariam probationem euincere conantur, nomen interpretis non merentur. Quem enim praeterit, quod quum criminaliter in adulterii reos animaduertendum ſit, adulterium conſummatum requiratur, quod ſola haec ſuſpicio nondum plene confirmat. Neque hac interpretatione ab huius diſpoſitionis mente diſcedo. Violenta enim & certa habebitur ſuſcipio, quae ex indiciis orta. Sed plenam indiciorum probationem, maxime in factis transeuntibus, ſemiplenam tantum ipſius delicti efficere probationem, ad torturam quandoque, non autem ad ordinariam ſtatuendam poenam ſuffecturam, leuiter in criminali iurisprudentia tinctus iam intelligit.

§. XX.

Alia nunc ſe offert iuris canonici diſpoſitio, quae inuenitur in *C. 30. X. de ſponſal.* vbi GREGORIVS VIIII dicit, quod is qui ſponſalia celebrauerit ſponſamque carnaliter cognouerit, poſtea vero aliam duxerit, ad primam redire debeat, addita ratione, quod matrimonium rerum eſſe non cenſeatur quod de facto ſit poſtmodo ſecutum. Hinc colligunt aduerſarii, hoc pontificem ſtatuere ex praeſumtione, nec aduerſus eam admitti contrarii probationem. Concedo quidem diſſentientibus quam lubentiſſime, quod contrarii probationi locus non detur, ſed nego quod hoc ex praeſumtione deſcendat,

dat, sed potius fundamentum *laud. cap.* in eo latet, quoniam priora sponsalia, legitima celebrata, semper posterioribus praeferuntur, licet quoque his carnalis copula accesserit. *C. 31. X. de sponsal.* quae res principiis & aequitatis & iuris optime conuenit. Quum enim pacto in prioribus sponsalibus se iam reddiderit obligatum, inuita altera parte, & priuata auctoritate discedere nequit, nec vlterius se desponsandi aut matrimonium celebrandi facultate gaudet. Illicitus vero concubitus, nec ius auferre, nec nouum ius tribuere hoc in casu potest. Quam ob rem nauci facio hoc praesumtionis argumentum, quum ne quidem intelligam, qua via vestigium praesumtionis hoc in casu possit inueniri.

§. XXI.

Vlteriorem iuris & de iure praesumtionem defendendi occasionem praebuit INNOCENTIVS III. *C. 6. X. de condit. adpos.* Casus autem ibi propositus hic est: celebrauit quis cum femina sponsalia de praesenti sub conditione, si pater & patruus consentiant, postea concumbunt desponsati, cuius rei certiores facti pater & patruus statim contradicunt, quo facto sponsus a sponsalibus recedere cupit ob patrui & patris consensus defectum. Mulier ipsius voluntati resistens adpositam non negat conditionem, negat tamen vmquam antea a patre patruoue fuisse contradictum, probatque insimul, quod sponsus, & ante & post contradictionis tempus, se ipsi carnaliter iunxerit. Quae controuersia quum ad pontificem veniebat, respondit pro matrimonio esse praesumendum, addit rationem: quia licet probatum sit patrem & patruum

truum post carnalem contradixisse copulam, non tamen esset demonstratum ipsos antea dissensisse. Hinc me adhuc fugit, ex quibus verbis praesumtio erui queat, cui tanta vis sit, vt is qui conditionata contraxit sponsalia, & postea desponsatam carnaliter cognouit, adpositae conditioni renunciasse credatur, nec ad aliud probandum queat admitti. Nam primo *h. cap.* de maxime speciali agit casu, a quo ad singulas conditiones consequentia poterit valere nulla. Et si quoque hoc concederem, quod tamen neutiquam faciam; non tamen huc vsque habeo perspectum, vbi lateat praesumtio; verba enim finalia *cap.* satis superque reddunt demonstratum, quod contrarium probari potuisset; si scilicet vir ille demonstrasset patrem & patruum ante carnalem copulam contradixisse, quum autem vir hoc non probauerit, probationis ob defectum recte fuit condemnatus. Ac licet omnia largirer, quod hic contrarii probationi locus non relinquatur, id tamen non efficiet, vt fundamentum in iuris & de iure praesumtione quaerere non possimus, sed potius vera erit ratio fauor, qui matrimonio a canonibus tribuitur maximus. Sic enim v. g. conditiones lege factoue impossibiles, si sponsalibus adponuntur, propter matrimonii fauorem finguntur non esse adiectae *C.* 7. *X. de condit. adpos.* licet tam ius naturae, quam etiam ius ciuile nos doceat, quos pactum sub eiusmodi conditione initum esse debeat nullum, *§.* 11. *I. de inutil. stipul.* & *L.* 31. *D. de O. & A.*

§. XXII.

De continuis & diuturnis collegiorum moribus, quos per iuris ac de iure praesumtionem pro pacto ex-

expreſſo habent, non copioſe dicam. Refutata enim ſatis res eſt a THOMASIO in *diſſ. de iure conſuetudinis ac obſeruantiae* ʃʃ. 51. ſqq. & GRIBNERO in *tr. de obſeruantiis collegiorum iuridicorum, qui inuenitur in eius opuſculis iur. publ. T. IV. S. II.* Pariter nec criminalibus immorabor cauſſis. Nam in his, ni fallor, maxime conſpicuum eſt atque perſpectum, praeſumtiones iuris ac de iure ad ordinariam infligendam poenam numquam adlegari poſſe. In qua cauſſa pluribus iam admodum verſati ſunt iurisprudentiae criminalis ſcriptores, atque in BARTHII *diſſ. de conuicto non confeſſo*, vt & in *Excell.* HOMMELII *diſſ. de certitudine corporis delicti*, hunc laborem reperimus exantlatum.

XII.

XII.

COMMENTATIO

AD

L. XVIII. COD. DE TESTIBVS

IVNCT. NOVELLA XC. CAP. II.

Quamquam veterrima quaeque, vt ea vina, quae vetustatem ferunt, suauissima non arbitror; nec nouitas quaeque cupiditatem inflammat; vtroque tamen cum temperatione delector. Vtendum autem est maxime moderatione in cognitione, interpretatione, & adplicatione iuris nostri. Qua in re, quantum peccetur, experientia testatur. Excellentia saepe ingenia in rebus antiquitate adumbratis, ad nullam rem vtilibus, die nocteque euigilant, desudant, vitamque consumunt.

Nati hi mihi antiquitatis heroes ad reipublicae litterariae moerorem videntur. Nihil enim tristius est, quam inter crepundia perire felicia ingenia. Quae, si in vtilioribus fuissent exercita, iucundissimam memoriam darent. Sed stomachum magis mouent, qui non magnitudine rerum, sed nouitate excitantur. Antiqua alto supercilio contemnunt, quia vetusta sunt. Noua cum sui delectatione excogitant, inuenientibus cum inuidia adplaudunt, gloriamque vel felicis inuentoris, vel imitatoris fastidiose iactitant. In quo, si lubricum ingenii grauitati anteferendum est, laudes merebuntur. Vtrumque hoc vitium nostra inuasit tempora, inundationis instar. Alii, legum romanarum vestigia pressius sequentes, multa, a Germaniae statu plane aliena, obtorte adplicant. Alii ex contraria parte tanto odio eas persequuntur, vt & saluberrimas reipublicae leges, ambitioso ausu, eliminandas certissime sibi persuadeant. Quamuis autem non exigua pars legum ciuilium, ex temporum statusque vicissitudinibus, inutilis merito censeatur; modera-

tius tamen agendum, ne vtilia pariter in censum non vtilium veniant. Et quum vsu fori, ad quem in abrogatis legibus perscrutandis respicere solent, nihil sit inconstantius, nihil quoque magis dedecori ICto duco, quam totum se tradere vsui fori. Consultius habeo legem certam sectari, quam corruptae obseruantiae defendendae operam nauare. Veniam igitur me impetraturum confido, quod, praetermissa vsus fori consideratione, anxius in peroranda fertilitate *L. 18. C. de testibus* & *Nou. 90. c. 2.* verser.

Labefactare mihi quidem videbatur adplausum SIMON A GROENEWEGEN, *in tract. de legibus abrogatis & inusitatis*, qui has duas leges, & Belgarum & aliorum moribus in desuetudinem abiisse, adserit, variisque DD. suffragiis sententiam stipare conatur. Nondum tamen abiicio animum. Non enim verbis, non DD. opinionibus, sed compositis rationibus pugnandum est. Quam vero titubet ratio ipsius, quasi per transennam legem praetereuntes intelligunt, dum addit: quia in dubio scriptura, non vt sit de substantia obligationis, sed ad probandum obligationis contractum adhibita censeatur, &c. sibique has leges de contractu chirographario agere fingit. Copiosius deinceps hanc rem pertractabo. Quo vero curatius de argumenti definitione constet, ipsa verba huius dignissimae legis in medium producam:

IVSTINIANVS A MENNAE
P. P.

Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur, prout possibile est, resecantes, omnibus

bus praedicimus, vt, qui in scriptis a se debita retulerint, non facile audiantur, si dicant, omnis debiti vel partis solutionem sine scriptis se fecisse, velintque viles & forsitan redemtos testes super huiusmodi solutione producere, nisi quinque testes idonei & summae atque integrae opinionis praesto fuerint solutioni celebratae, hique cum sacramenti religione deposuerint, sub praesentia sua debitum esse solutum, vt scientes omnes, ita ea statuta esse, non aliter debitum vel partem eius persoluant, nisi vel securitatem in scriptis capiant, vel obseruarint, praefatam testium probationem, his scilicet, qui iam sine scriptis debitum vel partem eius soluerint, a praesenti sanctione merito excipiendis. Sin vero facta quidem per scripturam securitatis sit, fortuito autem casu vel incendii, vel naufragii, vel alterius infortunii peremta, tunc liceat his qui hoc perpessi sunt, caussam peremtionis probantibus, etiam debiti solutionem per testem probare; damnumque ex amissione instrumenti effugere.

Initium huius legis, caussam impellentem tradit: *ne testium facilitate veritas iacturam sentiat.* Ac *facilitatem* quidem ita GOTHOFREDVS *in not. ad h. l.* exponit: quia faciles ad testimonium ferendum, facile mentiantur. Sed pressior haec est interpretatio lege. An vero ideo leuis & inconstans εὐήϑη rite dicatur, quia leuitas & inconstantia stulti proprium sit, vt vult IAC. CVRTIVS Ἐικαστῶν *Lib. I. c. 40.* dubitarem, nisi stultitia latius pateret. Morum facilitatem intellectam cupio. Quocirca vel fragilitatem iudicii, vel imprudentiam, vel malitiam,

litiam, & alia omnia quae suspicionem excitant, comprehenduntur.

Plenius metum callidsitatis testium exponit *Nouellae 90. praefatio. Non enim vt patefiant*, inquit Imperator, *quae gesta sunt testantur plures, sed quatenus adhuc amplius occultentur. Nam alia quidem scientes, alia vero pronunciantes, aut quae non sunt dicentes, hoc ipso confitentur, quia ea, quae vere sciunt, neque volunt patefieri, neque secundum ea proferri iudicia; sed quae numquam facta sunt, haec & pronunciant, & ad iudicium deferri quaerunt.* Antiquissimis iam temporibus eo nomine, ad compescendam testium malitiam, excitandamque fidei religionem, grauissime in falsos testes animaduerterunt. Imitati sunt Graecos, qui, quum frequentissime testes corrumperentur, in eos pariter, ac subornantes, capitaliter statuerunt; quum tam deos quam homines offenderint; & apud Athenienses singulatim iudicium ψευδομαρτυρίας constitutum legitur. Seuerissima est poena quam in *Tabb. VII. LL. XII. Tabb.* reperimus: *si falsum testimonium* DICASIT *Saxo delicitor.*

Consueuerant autem Romani in grauissimis delictis reos praecipites e rupe Tarpeia deiicere. Quam ideo infamem monstrant in australi vertice montis Capitolini eamque vastam & confragosam, tantamque eius olim altitudinem fuisse commemorant, vt & adspectus tantum horrorem animis iniiceret. Legas SENECAM *Controu. 1. 3.* huius saxi delineationem ita tradentem: *stat moles abscissa in profundum, frequentibus exasperata saxis, quae aut elidant corpus,*

pus, aut de integro grauius appellant, inhorrent scopulis enascentibus latera, & immensae altitudinis tristis adspectus, electus potissimum locus ne damnati saepius deiiciantur. Quanta autem diligentia Censores in puniendis periuriis officio suo sint defuncti, illustrat CICERO *de Offi. L. III. c. 31.* Deferbuisse vero, succedentibus temporibus, Romanorum in peierantes seueritatem contristans deplorat GELLIVS *L. XX. c. 1.* Ac negari nequit, acerbiores testimoniorum falsorum poenas fere abrogatas, & extra ordinem animaduersum esse; quod patet ex *L. 16. D. de testib. qui falso vel varie testimonium dixerunt, vel vtrique parti prodiderunt, a iudicibus competenter puniuntur.* Vocem *competenter* quamuis alii, ex sensu *Harmenopuli*, de competente iudice intellectam velint, anteponenda tamen videtur interpretatio de *competente extraordinaria poena*, pro grauitate doli aut damni dati dimetienda. Quum enim ex *Paulli Libris Sententiarum* depromserit haec *Tribonianus*, inde quoque interpretatio repetenda erit. Addit quippe PAVLLVS *L. 5. tit. 15. aut in exilium aguntur, aut in insulam relegantur, aut curia submouentur;* quae poenae pro modulo circumstantium caussarum adplicabuntur. Nec nouam verbi significationem offero, quum eodem sensu in *L. 1. C. de lucr. adu. competens seueritas* accipiatur. Iudices ergo, an CVIACIVS *ad hunc Paulli Sententiarum locum* felicem defensorem egerit, quod adfirmet, Tribonianum ideo omisisse dilucidiorem locutionem Paulli, quia hae rigidiores ipsi visae fuerint poenae. Sed hoc non infrequens vitium Triboniani cernitur, qui, dum strictim loqui amat, obscuritatem prodit,

 vt

vt spem interpretandi perdituri simus, nisi ipsi fontes auxilium praestent. Sed, quum periurium ad extraordinaria delicta retulerim, litem obmouet *L. 1. §. 1. & L. 31. §. 5. D. ad leg. Cornel. de sicar. & venef.*, in quibus poena Legis Corneliae de sicariis in eum statuitur, qui falsum testimonium dolo malo dixit, vt quis innocens conueniretur & damnaretur. Quis autem, & me tacente, non intelligit, quod in hoc casu non periurii, sed homicidii delictum in poenam vocetur. In ciuilibus autem caussis, qui in periurio capitalis sanctionis vestigia nouo iure inuenerit, magnus mihi erit Apollo. Alia autem & grauior adhuc imminet contentio, quae cum iis ineunda mihi est, qui omnem plane humanam poenam in periurio, Romanis innouatis moribus, exoleuisse adserunt. Praeesse auxilio ipsis videtur CICERO *de legib., c. 174.* dicens: *periurii poena diuina exitium est, humana dedecus.* *Dedecus* autem numne genus est ponae, parum dispar capitali? Senatorem eiicere senatu, equitem Romanum equo publico priuare, plebeium centuriatum in Ceritum tabulas referre, aerarium facere, insigne dedecus Quiriti dabat, qui hanc censoriam seueritatem ferebat. Ecquis ergo negabit & dedecus acerbam insignire poenam? Leuior haec est decertatio, quam superat pondus *L. 2. C. de reb. cred. & iurei.* Pugnare contra me videntur verba ALEXANDRI *Imp.: iurisiurandi contemta religio satis Deum habet vltorem.* Fateor verba latius patere mente Imperatoris. Quam ob rem, vt legem conditoris voluntati adcommodem, studiose laborabo. Omnium maxime discrimen habeas inter iuramenta, quae per Deos,

quae-

quaeue per genium principis praestabantur. Posterioris generis iuramenta peierantem *fustium castigationi* subiiciebant. *L. 13. ff. 6. D. de iurei.* Per Deum autem iurata sacramenta ex lepida philosophia, qua his temporibus imbuti erant romani ICti, non vlciscebantur in periuris; quum diis illatas iniurias, deorum vindictae relinquendas esse opinarentur. Eoque pertinet *L. 2. C. de reb. cred. & iurei.* dispositio. Idcirco tamen pessime concluditur, nihil poenarum in periurii reos statutum esse. Probe potius ponderandum duco, an aliud delicti genus, in legibus notatum, periurium comitetur. Ita supra iam tradidi, eum, qui falso testimonio capitis damnationem effecit, poenam legis Corneliae non effugere, quum non tam periurium, quam homicidium hoc malitiae praemium poscat. Ac in ciuilibus quoque caussis caute adtendas, an noceat alteri periurium; quo in casu, quum nemo dolo suo alteri detrimentum inferre queat, poena peierantem e vestigio sequitur. Qua de re *lex Cornelia de falsis* laesis vbique medelam adtulit. Remissior vero haec cura romanas leges vel condentium, vel compilantium, in religione iuramentorum conseruanda, non modo laudes non meretur; sed omni potius vituperatione digna est. Neglecta enim, aut praue culta religio, quaeuis pericula reipublicae minatur. Quanto itaque in contemtu versatur haec Romanorum diuini cultus neglectio, tantum ornamentum Germaniae leges praebent; de quo nullus dubitabit, qui *Const. Carol. art. 107. 108.* aequa animi lance ponderat. Conspirant *Saxonica Iura*, tam antiqua, quam noua. *Ius Prou. Sax. L. 3. art. 9. & Const. El. 48. P. 4.* Quamuis

 autem

autem haec a me enucleata labefactare curationem legum Romanarum, in testium malitia cohibenda, nonnihil adpareat; alia tamen, praestantissima quidem, reperimus, iustitiae & fidei eximie deseruientia. Quae inter, ne tractationis cancellos praetergrediar, hoc tantum notabo, quod classicis, siue diuitiis diffluentibus, testibus maiorem praestiterint fidem.

Paupertas nonnihil conspurcare fidem apud Romanos videbatur. Audiamus *Iuuenalem in Satyr. 3. v. 137. seqq.*

Da testem Romae tam sanctum quam fuit hospes,
Numinis Idaei procedat vel Numa, vel qui
Seruarit trepidam flagranti ex aede Mineruam,
Protinus ad censum de moribus vltima fiet
Quaestio: quot pascit seruos, quot possidet agri
Iugera, quam multa, magnaque paropside coenat;
Quantum quisque sua nummorum seruat in arca,
Tantum habet & fidei. Iures licet & Samothracum,
Et nostrorum aras, contemnere fulmina pauper
Creditur atque deos, diis ignoscentibus ipsis.

Solent ita *Satyrici: carmine mordaci populi depingere mores.* Iniquissime tamen in Romanorum consuetudines inuexit quas ab hac iniuria erga pauperes prorsus alienas deprehendo, nisi incomtae legum interpretationes, aequitatem legum pessundent. Manifestum hoc redditur ex *L. 3. D. de testib.* in qua disponitur: *vel egens sit vt lucri caussa quid facile admittat.* Consulas commentantem *Gothofredum.* Deducit ex *h. l.* praesumtionem m. f. contra pauperes. Eheu! quam misere haec cum lege conueniunt! Sola

la paupertas non corrumpit fidem, nec abundantes copiae a malitia stultitiaque praebent immunitatem. Pauperes sane, quos genus vitae commendat, vt anteponas diuitiis diffluentibus saepissime par est. Et quis Socratis, Aristidis, Epaminondae fidem paupertate labefactatam credet? Hanc itaque *laud. l.* intellectionem profero: *quod, si egeni in testimonium vocentur, iudex ex comitantibus caussis iudicare debeat, an eius generis vitae sit hic pauper, vt malitiae suspicio & lucri cupiditas praesumi possit.* In quo nihil iniquitatis redolet lex, quum diuitum testium eadem consideratio sit. Optime autem huic consilio respondet *Nou. 90. c. 1.* et indubitatum redderetur, nisi pessima, quae in vulgato Corpore Iuris circumfertur versio verbi ἐπιτηδεύσεος significationem per *officii caussam* explicans, rem obfuscasset. Miror & *Gothofredum* huius ignorantiae se consortem reddidisse, quum copiose verba: *officii caussam,* de *testibus iure inhabilibus* explanat. Aptius *Iulianus* euoluit caussam, quum *honestae artis titulum* interpretatur; ἐπιτήδευσις enim & ἐπιτήδευμα *vitae institutum* declarat. Qua de re, ita instruitur iudicis officium, vt in dignitate testium percontanda, aulici ministerii, diuitiarum & vitae instituti ineat rationem. Si prolixius a scopo me aberasse sentias, ignosce, quod patienter iniquas susurrationes ferre haud possim. In viam redeo. Resecaturus *Imp.* IVSTINIANVS testium facilitatem, nouo instituto salutares medicinas opposuit. Casus hic inest: creditor de mutuo data pecunia chirographum accepit, debitumque creditore exigente, debitor numerationem confitetur; obiicit autem exceptionem

solutionis vel totius vel partis debiti, qua de re in quaestionem incidebat, quot & quales testes in hac probatione requirantur. Displicet maxime error, qui circumdedit SIM. A GROENEWEGEN in *tract. de leg. abrog. & inus.*, qui initio duplicem interpretum opinionem commemorat, alteram, qua legem de omni contractu, de quo scriptura confecta est, interpretantur, alteram, legem ad casum restringentem, quo in scriptis contractum, vel id actum est, vt non aliter valeat contractus, quam si in scripturam & mundum redactus sit. Demonstraturus deinceps, quam ob rationem huic legi hodie auctoritatem detrectet, addit: *Quicquid sit, quum in dubio scriptura. non vt sit de substantia obligationis, sed ad probandum obligationis contractum adhibita censeatur, ideo haec lex hodie nostris, & aliorum moribus, in desuetudinem abiit.* Facile quidem ipsi consentio, quod hodie scriptura ad essentiam contractus non sit necessaria, & mirari haud desinam, quid hodie contractus chirographarius, quid exceptio non numeratae pecuniae priuilegiata sibi velint? quum solennium scripturarum ratio, Romanis vsitatarum, certamque formam contractui dantium, nullo modo nostris scripturarum adhibitionibus respondeat. Ille tamen error ICti nihil excusari potest, quod legem *de contractu chirographario* agere defendat. Nec vola nec vestigium in ipsa lege inuenitur. Immo, quum ille, qui vrget solutionis exceptionem, necessaria consecutione confiteatur crediti numerationem, contra mentem legis irrepsit de contractu chirographario cogitatio, qui non verum mutuum, sed spem tantum futurae numerationis conti-

continet. Depoſito hoc errore meam ſententiam offeram. Plures me cauſſae impellunt, vt *non de ſimplici ſolutione*, mutuo ſuſceptae pecuniae, legem diſponere autumem. Latius patet verbi, *debitum* ſignificatio, quod omne dandum, praeſtandum, faciendumue concludit. Ipſa pariter *ſolutio*, laxiori ſenſu, quamuis naturalem praeſtationem eius quod debetur complectitur. Quo apprime facit *L. 54. D. de ſolut. & liberat.* Inquit enim PAVLVS *ICtus: ſolutionis verbum pertinet ad omnem liberationem, quoquo modo factam, magisque ad ſubſtantiam obligationis* (ſcilicet illius quod ex obligatione debetur) *refertur, quam ad nummorum ſolutionem.* Neque obſtabit *Nou. 99. c. 2.* in qua *pecuniae ſolutae* mentio iniicitur. Primo enim exempli loco tantum haec ſolutionis ſpecies ponitur, non reſtringendi animo; ſecundo & ipſum *pecuniae nomen* laxiorem ſignificationem habet, vt omnia corpora contineat. *L. 178. de V. S.* Deinceps & generalis huius legis ratio, a facilitate teſtium ſcriptorumque fide petita, ad omnis generis ſolutiones optime adcommodatur. Adgredior ipſam diſpoſitionem legis, cuius primum caput *quinarium numerum teſtium ad ſolutionis probationem requirit.* Dubitatione vacat, quod, ſolutionis exceptionem obiiciens, probationem ſuſcipere teneatur *L. vlt. C. de ſolut. & liberat.* Cui deſeruiunt & documenta & teſtes. Ac iuramenti quoque delatio ex regula obtinebit.

Ordinem autem ipſius legis ſeruaturus, primo loco de *teſtibus* diſſeram. In lubricis maxime cauſſis, grauiſſima cura legislator cauit, ne facilitate teſtium negotii fides periclitetur. Hinc ſaepius maiorem

iorem denario numerum requisiuit. Singulos casus recenset NEPOS DE MONTE ALBANO *in tract. de testib. n. 81. seqq.* Qui coniunctim cum aliis viginti sex autoribus, materiam de testibus illustrantibus, reperitur in libro inscripto: *tractatus de Testibus probandis vel reprobandis.* Generaliter vero sciendum est, adsertionem *L. 12. D. de testib.*, quod nempe, numero non adiecto, duo sufficiant testes; quum pluralis elocutio duobus contenta sit, non aliter obseruationem habere, quam si certus numerus nullibi in hac materia definiatur. Quo neglecto, non raro corrupta interpretatio legem confundit. Euenit hoc in *Nou. 107. c. 1.* expositione, in qua, quum, priuilegiis testamenti parentum inter liberos stabilitis, in eo casu, si extraneae personae in huiusmodi testamento quid relictum, testes requirantur, copiosus interpretum numerus, quos inter *Gothofredus* agmen ducit, duos testes sufficere, opinatur. Quo nihil excogitari poterat inconsideratius; quum paucos fugiat, testamentorum solennitatem septenario testium numero informari, ita vt nec quinque testes, nisi clausula codicillaris expressim adiiciatur, extraneorum legata confirment. De quo & *Nou.* consentit his verbis: *nihilo minuenda eo, quod videatur in charta scripta reliquam obseruationem testamentorum non suscipiente.* Et quid aliud sibi volunt haec verba, quam quod in his, extraneae personae relictis, testium quidem sollennitas adhibenda sit, a reliqua vero testamenti forma testatores parentes acceperint relaxationem. Pari ratione in *Nou. 90. c. 2.* interpretatione versabimur. Quamquam testium numerum non describit, ex eo tamen, quod

quod ad priores Constitutiones latas se referat, in aprico iacet *quinque testes* intelligendos esse. In rationes autem inquisituro, cur plures quam duo testes solutionis probatio, contra scriptum debitum, exigat, variae caussae obuiam veniunt, malitiae suspicionem excitantes, cautionem sollertissimam poscentes. Princeps fundamentum ponit *L. vlt. C. de fideicom.* his verbis: *quum enim res per testium sollennitatem ostenditur, tunc & numerus testium & nimia subtilitas requirenda est. Lex enim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes, expostulat, vt per ampliores homines perfectissima veritas releuetur.* E longinquo videtur arcessita adplicatio legis, que de testamentis tantum & vltima voluntate disponit; a quo ad actus inter viuos difficilis est consecutio. Quum vero h. l. tam generali subnitatur ratione, quae omnibus actibus, in quibus amplior testium numerus, ad cohibendam calliditatem ac facilitatem testium, cuitandamque negotii corruptionem definitur, optime quadret, nihil impedit, quo minus generalia inde abstraham principia:

Primum esto, *vbi testium numerus amplior requiritur, sollennitatem inuoluit;* alterum: *vbi testes sollennitatis caussa adhibendi, & numerus testium & subtilitas indaganda est. Subtilitatis* notio informat *officium iudicis, vt,* praeter numerum testium, *habilitatem fidemque eorum, nulla suspicionis labe imminutam, prudenter circumspiciat.* In qua significatione & passim, & praecipue in *L. 10. §. 1. D. de reb. dub. subtilitatem* accipi discimus. Ipsa *L. 18.* scriptorum robur, fragilitatem testimoniorum, ex fluctuantibus animis testium ortam, malitiamque

debito-

debitorum, & incuria sua suspectorum, ad caussas huius singularis sanctionis refert. Prior caussa facile ex lege colligitur. Vltimo loco positae non ita apertae sunt. Non leues tamen coniecturae meditationem instruunt. Age, & ante oculos pone casum de quo L. loquitur: debitor in scriptis se debere confessus est: moram nectente debitore in soluendo, creditor ex hoc chirographo agit; debitor vero litem contestans, nihil negat debiti contractionem, solutionis vero exceptione se defendere cupit. An prudenti adtentoque patrifamilias conuenire credis, quod, quum soluerit creditori, chirographum non reuocauerit, nec apocham sibi dari, nec partis solutionem chirographo adnotari curauerit? Numne summae culpae reus est? Et, quum magna culpa dolo non absimilis sit, haut inique leges malitiam suspicantur, quam facilitas testium adiuuare possit. Non fucatam hanc coniectionem *ipsa L.* comprobat *in fine*, dum debitoribus, scripturam, super solutione acceptam, casu fortuito amissam esse conquerentibus, facilius probationem per testem concedat; aliam autem non introspicio rationem, quam, quod apocham accipienti debitori, nulla possit imputari culpa, casus vero fortuitus damnosus esse non debeat. Ab hac itaque ratione, non infelici successu, ad prioris casus rationem argumentum ducitur, quum oppositorum opposita sit ratio. Sed in ipsis verbis h. L. latitat dubitatio, quum ambiguum sit, quot testes hoc in casu probationi sufficiant. Declinant a vero legis sensu, qui quinque testes requirunt, inde decepti, quod solutioni, contra scriptum debitum, probandae, in prioribus verbis, quinque testes

teſtes praeſcribantur. Diuerſi tamen quum deprehendantur caſus, & diſcrepantes penitus rationes, eadem teſtium ſollennitas eſſe nequit. Qui autem duos teſtes, non obſtante ſingulari numero in lege expreſſo, in hac probatione efflagitant, certe non minimam veritatis ſpeciem prae ſe ferunt Plenam enim probationem duobus teſtibus, fide dignis, abſolui conſtat. Numerum autem ſingularem plures eius generis in Iure continere praeclare docet *L. 158. D. de V. S.* Futilis vero eſt interpretatio *Gothofr. in not. ad l. 18. in fine*, ad defendendam hanc ſententiam *L. 12. D. de teſtib.* laudantis. Scio quidem numeri pluralis non definiti locutionem ibi explicari. Quid vero hoc ad ſingularem numerum in L. expreſſum pertineat, cogitatione non adſequor. Nolo quemquam in hac dubia decertatione ambiguum dimittere. Meam itaque tradam expoſitionem, ab impropria ſignificatione IVSTINIANVM liberantem. Principem quippe habeo interpretis curam, vt, qua fieri poteſt diligentia, proprium verborum ſenſum improprio anteponat. Duplicem vero, lege introſpecta, probationem requiri animaduertimus; alteram *caſus fortuiti*, per incendium, furtum v. c. perpeſſi, alteram *ſolutionis in apocha deperdita contentae.* Vnum teſtem in probanda ſolutione admitti iubet legislator, non quod hoc modo abſoluta ſit probatio, quandoquidem *L. 9. C. de teſtib. vnius teſtis reſponſio audienda non eſt;* ſed, vt, ob inopiam probationis, per iudicem, iureiurando cauſſa cognita, res decidi poſſit. Vertor ad caſum ſolutionis demonſtrandae, vbi quinarius numerus requiritur. Otioſum fere duco inquirere in cauſſam huius ſanctionis.

ctionis. Illud tamen facile largior, Romanos, vana superstitione imbutos, sancte hunc numerum coluisse, atque Mineruae consecrasse. Qua de re, si ex hac vana religione ortum reperere velis, voluntati tuae non deero. Ad alia pergere me impedit excogitata quaedam antinomia huius *L. 18.* cum *L. 1. eod.* in qua dicitur: *contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur*. Derideo vero hanc discordiae inuentionem. Primum enim haec ex libris βασιλικῶν a Cuiacio restituta lex, numquam publicam meruit confirmationem aut adprobationem. Secundo, si etiam non omnem praescindere velimus huius priuatae compilationis autoritatem, casus tamen tantopere a nostro distat, vt illudere legibus censeam illos, qui exsculpere, imprudenti ausu, discordiam legum conantur. Sermo ibi est de instrumento, contrahentium pariter atque testium subscriptione munito, quod contraria testium tantum depositione infirmari non posse, non dubitatur. Hic autem casus nullo negotio huc adplicari potest. Quam ob rem diutius non immorabor. De eo vero admoneo prudentum legum censorem, ne nimium credat colori interpretationis *Gothofr.* cuius vellicationem, quum a scopo meo longinquius discedat, aliis relinquo. Satis itaque, vt puto, versatus sum in numero testium describendo. Hoc vnicum silentio praeterire non possum, quod nec suppletorio iuramento locum faciam, si vel vnicus ex testium numero deficiat. Sicut enim ipsum iuramentum suppletorium ex legibus Romanis liquido non demonstratur, ita vel maxime in hoc casu neutiquam adhibebitur. Vacat enim omni dubio,

bio, quod si testes ad actus formam & sollennitatem requirantur, suppletorium iuramentum ei non aequiparatur. Siquidem hoc permisso, quotidie in fraudem legis inuentiones darentur. Quid vero *si, quinque testibus solutioni adhibitis, alii supremum obierint diem, antequam testimonium liti agitatae perhibere potuerint?* Huius iniquitatis me reum non faciam, vt reum vincendi spe defraudem. Sufficiunt hoc in casu *duo testes superstites;* dummodo illi simul testatum reddant, quod reliquos tres testes solutioni quoque adhibuerit debitor. Ac *vnus quoque testis,* reliquis demortuis, auxilio erit debitori, si ille pariter de reliquorum defunctorum testium praesentia testimonium perferat. Plena tamen probatio hoc modo non absoluitur; adeoque, si hic testis omni exceptione maior sit, probans debitor ad eam, medio iuramenti, explendam merito admittitur. Quod si ea priori adserto, suppletorio iuramento locum non facienti, contraria quis crediderit; perpendat, quaeso, quantum sit discrimen: formam in legibus definitam hoc iuramento supplere, atque hoc ipso opitulante demonstrare, quod forma a legibus praescripta ad amussim obseruata sit. Praeter hunc testium numerum nostra lex efflagitat vt *idonei sint testes & summae ac integrae opinionis.* Stricta haec sunt verba, optime legem ferentis mentem figentia. Data nempe est opera iudicibus, vt quaeque, minima quoque, solerter considerent, quibus testium fides vel ratione personae, vel ratione testimonii, aut labefactetur aut conquassetur.

Notabilis fidei cura, admiranda, imitanda! Si quis haec admiratione digna, vt par est, iudicauerit,

rit, exsultabit mecum, de vlteriori exquisita curatione refrenandae effrenatae malitiae debitoris, ac testium frequentissimorum procaciae satellitum. Anxie requirit textus, vt *praesentes sint solutioni celebratae; vt iurato deponant.* Nolo quoduis horum verborum in fumum abire. Ita enim placent, vt displicere nemini queant. Reuoces in memoriam, quantum apud Romanos *testationes* inter, & *testium praesentium testimonium* fuerit discrimen,

Audi CALLISTRATVM ICtum in *L.* 3. *ʃ.* 4. *D. de testib.* ita dicentem: *alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum, quae recitari solent.* *Testationes* nempe erant *complurium testium absentium testimonium, tabulis comprehensum, & eorum sigillis munitum, cui nec iuramentum accesserat.* Ac hae testationes in iudicio ad tradendam probationem recitabantur. *Praesentes vero testes a iudice audiebantur, & iurata fide deponebant.* Eleganter de vtroque testimoniorum genere disserit QVINTILIANVS *L.* 5. *C.* 7. *saepe inde collidi solent, inde testatio hinc testes. Locus vtrinque. Haec enim se pars iureiurando, illa consensu signantium tuetur.* Romani autem tanti non fecerunt recitatas testationes, vt plenam fidem promeruerint. Dilucido hoc demonstrat *L.* 4. *C. de testib.* his verbis: *sola testatione prolatam, nec aliis legitimis adminiculis caussam adprobatam, nullius esse momenti certum est.* Mirum in modum h. L. torquent interpretes, eam ita explanantes: vt testi non sit credendum, nisi testimonii sui caussam reddiderit. Quum haec potius h. L. sit intellectio: quod sola testatio testium absentium non iurata, licet subsignata sit, legitimam non red-

dat

dat probationem, nisi alia probandi adminicula caussae iustitiam iudici demonstrent. Nihil itaque certius ex *nostra L. 18.* consequor, quam quod in solutione, contra debitum in scriptis contractum, probanda, testes non absentes & iniurati sufficiant, sed praesentes, sacramentique religione adstricti, adhibeantur; quippe quod, verbis perscrutatis, euidentissime patet. Adparet quoque dilucido, testes testimonium in iudicio, antecedente iureiurando, perhibituros, deponere debere: *sub praesentia sua debitum esse solutum.* Quo nomine omni contentione animi circumspicere debent negotii qualitatem cui testes adcedunt. Contemplentur itaque *a quibus*, & *quo modo* contractum sit debitum. Pariter, *quis*, *cui*, *quantum*, *quando*, & *ex qua caussa* soluat, probe adtendant. In his enim adstantibus caussis variantibus testibus, vacillat testimonium. Dum vero supra hanc testium definitionem, ad formam & sollennitatem singularem retulerim, paucis de *rogatione testium* dicam. Recepta est, nescio quo fato, sententia, quae rogationem, vt in testamentis, exposcit, testesque fortuito aduenientes tamquam incapaces repudiat, incredibili adplausu. Omnes enim, quotquot euolui interpretes, vnanimi consensu conspirant. Amplissimus hic error non habet excusationem, nisi a vapulante compilatore *Auth. rogati C. de testib.* petatur. Adeamus impudentem hunc legum deprauatorem, qui ignorantiae suae praeclarum posuit monumentum, dum post *L. 18. C. de testib.* corruptam epitomen *Nou. 90. c. 2.* ita conflauit: *rogati*, *vt in testamentis*, *non fortuiti vel transeuntes veniant. Idem est, si post solutionem rogati in-*

 tersint

terſint confeſſioni creditoris, dicentis pecuniam ſibi debitum ſolutam eſſe. Non mediocriter debilitat legum autoritatem ſplendoremque ICtorum, praeceps ſectatio ſuſurrantium riuulorum, quum tamen dulcius ex fonte bibantur aquae. En ergo! quid inhaeremus authenticis, quarum vigor compilatoris imprudentia vileſcit? Cur laudamus authenticas, quum praeſto ſint nouellae? Ita mos eſt amare decipientes, vt ipſi decipiamur. Rarae ſunt authenticae, quae fonti, vt par eſt, reſpondeant; quod quum vndiquaque in Codice obuerſetur, hoc vnico tantum exemplo demonſtrabo, quantis erroribus amplexus authenticarum nos obuoluat. Niſi fallor, deprauata verſio *c. 2. & 3.* quae in Corpore noſtro Iuris circumfertur, ex inſcitia graecae linguae exorta, monſtroſos hos interpretationum partus edidit. Certe nec Argus centoculus videbit rogationem in hoc *cap. 2. Nou.* Aſt infelix hic interpres peruerſo ordine eam *a capite tertio* repetiit, miraque imprudentia caſui *in cap. 2.* deciſo adplicare tentauit. Dicitur in *tertio capite: neceſſe eſt eos (hoc quod in teſtamento) rogatos & bonae opinionis conſtitutos & ita cautam ſuſcipere ab eis probationem;* haec autem an vllo conſilio ad formam caſus, in initio capitis ſecundi vberrime iam inſtructam, trahi poſſint diſpiciamus. Hoc quidem iubet lex vt *teſtes ad hoc ipſum adſumantur.* Nec autem verbum graecum παραλαμβάνοιντο rogationem ſollennem, vt in teſtamentis, ſignificat, ſed vt teſtes certiores tantum reddantur de negotio, cui praeſto ſunt, quo de ipſius celebratione, habita curata circumſpectione, dignum fide praeſtare queant teſtimonium. Interim non diffiteor in capite tertio

roga-

rogationis sollennis mentionem iniici, quod ex eo prone defluit, quod haec rogatio testamentariae rogationi exaequetur. Sed hoc perperam compilator Authenticae decisioni *L. 18.* saepius commemoratae, & in *Nou. 90. c. 2.* renouatae, iunxit. Seductus mihi videtur per verba, *sicut praediximus*, quae forte ad totum secundum caput spectare credidit. Quam vero deceptus sit sua opinione, tota verborum successio euincit. Non enim nisi ad exemplum in fine capitis secundi prolatum componi possunt. Improbus nempe calumniator, mercede corruptus, praesentibus testibus, apud semetipsum debita esse callide confessus erat, quum tamen alius debuerit. Et testes quidem coram tabulario testimonium deposuerant, quod tabularius in instrumentum retulerat. Quum itaque duo testes instrumento conficiendo adesse debeant, *Nou. 73. c. 4. i. L. 12. D. de testibus*, sancitum est in hoc tertio capite, non sufficere testium praesentiam, ad fidem instrumento conciliandam, sed rogandos esse testes, vt in testamento. Quod & hodie ita obseruari constat. Praeter hunc quem euulsi errorem incidit in alium corruptae Authenticae Autor; quum non fortuitos nec transeuntes testes solutioni interesse debere adserit. Inania & ex transitu perhibita testimonia nulla, modis omnibus, valere ratione disponitur in *Nou. 90. c. 2.* Hinc, verba aucupante, neque earum vim atque potestatem curante interprete, coaluit vitium. Subsequentis autem casus enarratio poenitendi consilium Authenticae pertinaci defensori dabit, nisi errare magis quam sapere gestiat. Casus hic est: accedunt quidam locum, aliud plane negotium meditantes, & ex

ex transitu in somno quasi, audiunt aliquos dicentes accepisse aurum aut debere alicui. Hi itaque, si deinde a debitore, solutioni probandae adhiberentur testes, nauci & flocci habendi sunt. Quum enim nulla deliberatione aures loquentibus praebuerint, ac totum negotium, cuius caussa solutio facta sit, ipsis incognitum fuerit, nihil sane fidei ex ipsorum testimoniis caussae accedit. Non pugnam pugnabo inter discrepantes Nouellae expositiones, si quidem *verba* in vulgata versione: *ex transitu Io. Frid. Hombergk zu Vach in transitu* conuertit, atque alii *per transennam* intelligi amant. *Ex transitu* tamen interpretari & textui graeco, ἐκ τȣ̃ παρήκοντος, accommodatius, & significantius exprimere mentem videtur. Quidquid autem sit, siue hanc siue illas versiones recipias, mihi tamen conuenies: *ex transitu audita non valere, & transeuntes aut fortuitos testes non admittere*, maxime differre, nihilque nostrum authenticarum inuentorem a deprauatione sensus legis purgare. Fac enim, ex improuiso quinque adesse homines, alii plane rei operam daturos; debitorem autem, creditori solutionem facturum, eos aduocare ad hunc actum, omnique debiti caussa enarrata, efflagitare ab ipsis vt adsint solutioni, adtenteque omnia memoriae tradant. Morem hi quinque, non ignoti, fideque praestantissimi, ipsius voluntati gerunt. Quis tam iniquus legum censor esset, vt huic probationi virtutem detrectaret. Transeuntes, & fortuito aduenientes testes erant, sed non ex transitu audiuerant, solutionem celebratam esse; re potius penitus cognita testimonium perhibuerant. Quid, quod Authenticae Autor proprio se gladio iugu-

iugulet. Rogari debere testes, vt in testamento, inquit. Vtinam ergo non oblitus *L. 21. ʃ. 2. D. qui testam. facere poss.* intellexisset, fortuitos etiam testes, certioratione facta, testamentum haud infirmare. Ita enim VLPIANVS ibi scribit: *quod sic accipiendum est, vt licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur, ad testamentum se adhibitos esse, posse eos testimonium suum recte perhibere.* Dimitterem hoc *L. 18.* caput, satis vt arbitror enucleatum, *nisi* moram iniiceret quaestio: *de confessione ipsius creditoris, de solutione crediti, probanda.* De hac confessione, in scriptis exarata, exsulat omne dubium. Sed hoc in ancipiti videtur positum, an, ad eamdem per testes demonstrandam, aeque haec sollennitas, vti in solutione, obseruanda sit. Silet quidem L. nostra 18. de hoc casu, sed in *Nou.* tamen *90. cap. 2.* eius mentio fit. Notum alias habemus, quod confessio, in aliis obuenientibus caussis, etiamsi duobus testibus sit comprobata, semiplenam tamen probationem tantum, eius quod fatius est, in ciuilibus caussis efficiat, adeoque suppletorio demum iuramento perficiatur, testante CARPZOV. *P. 1. Const. 16. def. 21. c. 2.* Vnius autem testis depositio tantum purgatorio locum facit. RIVINVS *ad O. P. S. Tit. 30. En. 7.* WERNHER *select. obs. for. P. 10. obs. 266.* Neque haec obseruantia, ambiguitati legum Romanarum temperans, fundamento destituitur. Quum enim testes, plenae probationi deseruituri, de ipso actu adtestari debeant, de confessione vero actus testimonium praestantes, magis de auditu, quam de ipso actu deponant, facile patet ratio labefactatae probationis. Vt

vero supra iam monui, me in hac commentatione vestigia Romanarum legum pressim secuturum, ita & huic quaestioni eas adcommodabo. Omni itaque animi contentione defendam, *eamdem cautionem, solutioni sollennem, etiam hanc confessionis probationem circumscribere.* Non ignoro in *Nou.* generatim tantum testes, nulla definitione adiecta, ad confessionem eius qui pecunias accepit, testimoniis corroborandam requiri. Sed quum in superiori tractatione iamiam edocuerim, haec verba non regulae probationum, sed speciali dispositioni *L. 18. C. de testib.* componenda esse, facilius consequitur, etiam in hoc casu quinque testes confessionem creditoris soluti debiti vnanimi consensu testari debere. Ducor autem maxime maiori ratione, quae hanc extensionem suadet. Si enim leges duos testes, qui tamen ipsi actui solutionis adfuerunt, non sufficientes probationi habent, quanto magis in eorum testimonio, qui confessionem tantum se audiuisse comprobare possunt, obtinebit. Properandum est ad finem, ne cancellos huius scriptionis transeam. Imp. IVSTINIANVS exposita solutionis forma, in testium adhibitione & probatione obseruanda, generaliter deinde dicit: duplicem viam patere probandae solutionis, alteram per scripturam, alteram per quinque testium testimonium; quod de confessione creditoris pariter intelligendum esse exposui. Scriptura autem erit vel *priuata* vel *publica*. Priuata *apochae* nomine venit, cui, si forte chirographum reddere nequeat creditor, instrumentum cassationis den Mortificationsschein adiicere consultum est. Publica vero, si vel iudex solutionem debiti ad

acta

acta redigat, vel notarius, adſcitis teſtibus, inſtrumentum deſuper condat, perficitur. In omnibus tamen his cautionibus, ad plenam fidem conciliandam, haec ſollicite obſerues, vt exinde liquido conſtet, quis, cui, quantum, ex qua cauſſa, & quando ſoluerit. Inter autem haec ſcripturarum genera, ingraueſcente mortalium malitia, publicae maxime commendandae ſunt, quo aditus ad diffitendum documentum, ad quem ſaepiſſime, quod experientia docet, deperditi homines aduolant, occludatur. Si a me quaeris, qui fiat, quod Imp. in h. L. iuramenti delationis oblitus ſit? Non aliam exſpectes reſponſionem, quam quod de induſtria hoc ſit factum. Quodſi enim haec omnia, quae Imperator, tanto ſtudio, ad excitandam ſoluentium cautionem, introduxit in memoriam reuocamus, conſenſum tuum iure mihi vindico, quod IVSTINIANVS omnes alios modos probandi, praeter recenſitos, in h. L. exſtirpare voluerit. Cauit tamen, ne iniuria quisquam videatur adfectus, legisque vtilitas iniquitate obſcuretur, vt illis, qui iam tempore legis latae absque hac curatione ſoluerunt, nihil nocere noua haec diſpoſitio debeat. De conſtituto hoc nouiori iure, ad reſtinguendam procacitatem, fidemque, iuſtitiae ſororem, corroborandam, copioſius huc vsque commentatus ſum. De iure vero, occaſione huius legis conſtituendo, alio tempore, ſi ſummo Numini placuerit, dicturus ſum. Clauderem tractationem, larga huius legis commentatione. Sed inſtar formoſae faciei, aequitas muta eſt commendatio. Sane ſi hoc non in ſumma aequitate poſueris, excitare in republica ciuium cu-

ram, remiſſius res ſuas tractantium; fidem colere, intactam ſeruare, ne vna ſalus tantum publica ſit, nullam ſperare ſalutem; malitiam reſtinguere; ne mali dura moles ſalutem opprimat; ambiguitates tandem in omnibus reipublicae cauſſis tollere, ne litium protractionibus vulnerata iuſtitia decumbat tandem; doce quid aequum tibi videatur, vt te iniquiſſimum fugere poſſimus. Leges tamen has non obſeruari vſu, proh dolor! plerique declamant. In cenſum iam ſupra venit SIMON A GROENEWEGEN. Vnum ex tanto numero commemorabo RITTERSHVSIVM, *Nouell. Part. IX. cap. 22.* ita de moribus differit: *Si quis de moribus noſtris quaerat, non eſt opus tanta ſollicitudine in probanda ſolutione debiti in ſcripturam redacti. cum poſſit etiam probari ſolutio aliter, quam vel per apocham, vel per quinque teſtes, qui viderint ſolutionem fieri, vel audiuerint eius confeſſionem factam a creditore: & certe videtur probationis facultas ab Imperatore hic nimis anguſtata eſſe; dum voluit, non aliter, quam vt dictum eſt, probari ſolutionem poſſe; quod certe non videtur expedire rebus humanis & fauori reorum ac debitorum nimis aduerſari.* Animoſe ſatis haec adferuntur. Quidquid autem in rationibus poſuit, nihil praeter verborum ſonum habet. Cur nimis anguſtatam credit facultatem probationis? Cur non videtur expedire rebus humanis? In quo nimis aduerſatur fauori reorum ac debitorum? Haeret vbique aqua. Quo facilior via probationum ſternitur, eo imprudentius res ſuas curabunt, eo altius creſcet malitioſorum turba, eo facilius decipientur homines, eo certius titubabit fides, cum

fide

fide iuſtitia. Circumſpice hos deteſtabiles effe-ctus, an inclinent ad rerum humanarum vtilitatem? Quod vero reorum ac debitorum cauſſa nimis vexetur, non coniectura adſequor, niſi vel incautis vel malitioſis debitoribus patrocinari velimus. Comparent ſibi ſcripturas ſolutionem teſtantes, & cauebunt ſuae vtilitati. Adhibeant quinque teſtes, & ſecuri, atque a malitia purgati habebuntur. Quin immo, creditoris potiſſimum fauor cautae legis diſpoſitioni anſam dedit. Reorum eſt fugere, quam fugam callide frequenter quaerunt. Quocirca illis ſubueniendum haut eſt, niſi debita prudentia in ſoluendo ſibi inuigilent. Creditor, ex contrario, documento ſibi proſpexit, omnique praeſumtione defenditur ipſius fides. Abſolui hanc, quae mihi cordi erat, aequiſſimam tractationem. Hunc ſolum mihi vindico fructum, vt cordati legum interpretes, non fucati publicae ſalutis propugnatores, reditum huius legis in patriam obſeruantiam optent.

Sed ad illud mihi perueniendum cuius cauſſa haec praefatus ſum. Quum enim REX NOSTER POTENTISSIMVS, ELECTOR SERENISSIMVS, PATER PATRIAE SACRATISSIMVS, clementiſſime in me, priuatis Iurisprudentiae doctrinis per decem & duos annos, in Academia hac florentiſſima, operam danti, anteceſſoris publici munus extra ordinem contulerit, magnitudo huius beneficii deuotiſſimae mentis pignus poſcit. Dictus eſt dies XXIX. Maii, quo, Diuini Numinis gratia, clementiam AVGV-STIS-

STISSIMI REGIS NOSTRI publice perorabo, mentemque pietate, sanctitate, religioneque imbutam consecrabo. Vt itaque RECTOR ACADEMIAE MAGNIFICVS, COMITES ILLVSTRISSIMI, PROCERES VTRIVSQVE REIPVBLICAE GRAVISSIMI, ET CIVES ACADEMIAE GENEROSISSIMI AC NOBILISSIMI sollennitatem huius orationis, qua simul *Caussas corrupti Iuris Digestorum* perscrutabor, praesentes decorare velint, omni animi reuerentia, & humanitate rogo, illud officium & obsequio & amicitia compensaturus. Lipsiae d. XXVI. Maii MDCCXXXXVIII.

XIII.

XIII.

DISSERTATIO

DE

VERA INDOLE

LITTERARVM OBLIGATIONIS

ET

EXCEPTIONIS

NON NVMERATAE PECVNIAE.

§. I.

Quantis ambiguitatibus & dissensibus vexetur litterarum obligatio, non pauci & mediocriter tantum antiquitates perscrutantes intelligunt. Fatetur hoc ipse HEINECCIVS, grauis vetustatis scrutator, in *syntagm. antiquit. Roman. L. III. t. 22.* fontes harum discrepantium opinionum aperiens. Ac tam periculosum quam obscurum cernitur hoc obligationis genus, siue ad creditorem, siue ad debitorem animum aduertamus. Quam ob rem omnis opera est danda, vt ex his laqueis, & creditorem & debitorem liberemus. Hac ergo in re pluribus, in antiquitatibus autem fere adumbratis nihilque praestantibus breuius versabor. Parum vero aberat, quin & ab hoc proposito animus depelleretur, quum inuenerim, haud paucos eo abire, vt omnem contractum chirographarium, litterarumque obligationem, non antiquam tantum, sed a Iustiniano quoque introductam, ab hodierno vsu remoueant. Quae si ita essent, tempus perderem. NIC. MARTINI *in diss. de mutuo praesumto §. 21. seqq.* copiosa magis, quam ponderosa demonstratione cuique persuadere cupit, nullam dari litterarum obligationem, eamdemque & Iustinianeo iuri incognitam probare conatur. Mitiori via incedit *Perill.* I. H. BOEHMERVS *de action. forens. S. II. c. 8. §. 58.* litterarum quidem obligationem legibus Romanis tribuens, vsu autem fori adplicari posse negans. Defendit quippe chirographarium contractum Iure Rom. sollennibus adstrictum fuisse scripturis, hodie autem priuatorum tantum intercedere chirographa,

quae,

quae, non vt fundamentum obligandi, sed vt medium probandi debeant spectari. Quamuis autem viri in tanta celebritate famae constituti auctoritatem magni faciam, hac tamen ex parte secessionem facturus, dissensus rationes reddam. Quod si enim antiqui & noui generis scripturas, vti par est, seiungemus, facilis ad defendendum erit via. Temporibus scilicet Romanorum antiquissimis, *nominibus fieri obligatio* dicebatur, *si argentarius pecuniam ex mensae scriptura sine stipulatione numerabat, ac nomen tam creditoris quam debitoris in rationes referebat.* Indeque est, quod & credita & debita *nomina* scilicet *actiua* & *passiua* vocentur. Quo pertinent ASCONII PAEDIANI *in Cicer. p.* 77. vbi: *tituli debitorum nomina dicuntur, praesertim in iis debitis in quibus nomina scripta sunt, quibus pecuniae commodatae sunt.* Cui rei contrarium est, mutua accepisse. Ergo nomina debita, vel debitores. In hoc vnico vero mihi vituperandus est, quod commodatum deprauata ratione cum mutuo confuderit. Hoc & *perscibere nomen* vocatur. Huic opponitur *rescribere nomen*, de quo & expungere & expedire vsurpari, paucis incognitum est.

§. II.

Duplicem vero in modum intelligo, scripturam de mensa factam esse. Vel enim a mensario pecuniam foenori accipiebat, vt ipse alteri ad debitoris voluntatem penderet, quo facto eius nomine in rationes redacto, mensarii debitor fiebat. Vel deposuerat iam ipse apud mensam pecuniam, atque ex hac summa, quantum ipsi deponenti placuerit, alii debitoris iussu soluebat. In vtroque casu *creditum*

de

de mensa solutum dicebatur. Nec titubans fides, eius quod in has rationes congestum erat credebatur. Miraberis tantam foeneratoribus haberi fidem! Desine mirari. Cogita quid nostra te doceant tempora. An nescis, & diuites longas habere manus? Disce sapere. At vero in hoc facile consenserim, argentariis olim tantam fidem habitam non fuisse. A Tarquinio Prisco originem argentariorum plerique repetunt, quibus adesse videtur locus DIONYS. HALICARN. *l. 3.* quod confirmat LIVIUS *l. 1. c. 35.* de Tarquino Prisco loquens: *ac eodem rege circa forum porticus tabernaeque factae;* & *l. 26. c. 11.* de Hannibale dicens: *vt tabernas argentarias, quae circa forum Romanum tunc essent, iusserit venire.* Quod publicum argentarii munus his temporibus gesserint, publicamque meruerint fidem, neque in aliis locis relatum inueni. Quin imo a Marco Antonio Caesari Octauio auum argentarium, in contumeliam obiectum, & nummularium nepotem cum adpellatum esse, discimus ex SVETON. *in vita Aug. c. 2.* Et quis nescit quantum odium Romani erga foeneratores exercuerint? Famam seruare videtur CIC. *orat. pro A. Caec. C. 4.* qui de M. Fulcinio dicit, quod Romae argentariam non ignobilem fecerit. Sed hanc nobilitatem ille M. Fulcinius non muneris nobilitate, sed nobili suo, nec improbo rei argentariae exercitio adeptus mihi videtur; quam commentationem ipsa verba offerunt facillime. Subsequentibus tamen temporibus publicum habitum fuisse horum officium vberrime patet ex *L. 10. ff. 1. D. de edendo*, *L. 8. D. depositi*, *l. 24. ff. 2. D. de reb. a Cor. iud. poss. Nou. 137. c. 1. & Edict. Iustin. VII. c. 4.*

c.4. Ex quo eſt, vt ipſorum quoque rationum libri vim probandi haberent, docente VLPIANO *L.27. ʃ. 1. D. de furtis.*

§. III.

An vero hi argentarii *menſariorum* quoque nomine veniant, qui Graecis τραπεζῖται vocabantur, anceps videtur disquiſitio. Quid mihi videatur, paucis dabo. Largiendum mihi eſt, menſarios ſaepe pro argentariis & vice verſa in iure noſtro ſumi. Sed hoc inde mihi factum videtur, quod partim argentarii aeque ac menſarii menſis vſi fuerint in publicis tabernis; partim ipſi menſarii lucri inuidia ducti alienis negotiationibus priuatis ſe pariter immiſcuerint, & non abſimiles argentariis facti fuerint. Quid ergo interceſſerit discriminis quaeris? Tradam. Haut incongruam forſan capio coniecturam, ſi argentariorum auaritiae malitiaeque quibus miſeros improbo foenore premebant cauſſam tribuo. *Quinque itaque viri*, vt teſtatur LIVIVS *L. VII. c. 21. A. V. C. CCCI. creati, quos menſarius* ROSINVS *antiquit. Roman. L. VII. c. 39.* menſores ſcribit, *a diſpenſatione pecuniae appellarunt. Meriti autem aequitate curaque ſunt, vt per omnium annalium monumenta celebres nominibus eſſent. Fuere C. Duellius, P. Decius Mus, M. Papirius, Q. Publius, & T. Aemilius, qui rem difficillimam tractatu & plerumque parti vtrique, ſemper certe alteri grauem, cum alia moderatione tum impendio magis publico quam iactura ſuſtinuerunt.* Conuenit & in hac chronologia CAR. SIGONIVS *de antiquo pop. Rom. iure L. II. t. 1. c. 11.* qui tamen in *chronologia in Liuii hiſtorias* inconſtanti mente A. V. C. CCCIII. ponit. LIVIVS

VIVS quoque *l. 21.* A. V. C. DXXXVII. tempore secundi belli Punici triumuiros mensarios creatos fuisse memorat. Horum officium quin publicum fuerit, nemo dubitabit, qui perpendet alios horum Consules, alios Censores, alios Tribunos plebis fuisse, & hos ipsos publicis olim praefuisse auctionibus, pretia rerum venditarum collegisse, redegisse, deposita accepisse & veluti publicae fidei sequestres habitos fuisse, docet SALM. *de modo vsurar. C. 16.* & KIPPING *de antiquit. Roman. XI. 3. §. 10.* Qua in re vel nouiorum temporum transformatio vel scriptorum negligentia confusioni ansam dedit.

§. IV.

Nummularii pariter ab his separandi sunt, quod & fecisse PAVLLVM *l. 9. §. 1. & D. de edendo*, patet; qui si hos nummularios omni ex parte argentariorum indolem redoleuisse credidisset, non dixisset separatim: *nummularios quoque non esse iniquum;* quum de argentariis satis actum sit Collimant fere omnes, vt hos nummularios illis aequiparent qui Graece κολλυβισαὶ & κερματισαὶ dicuntur. Sed vel plane his non conueniunt, vel duplicis generis fuerunt nummularii, quod si illud genus nummulariorum consideramus, qui probabant nummos, an probi essent, cuius auri, an subaerati an aequi ponderis, an bonae fusionis, parum adtingit collybistarum significationem, quod paullo post demonstrabo. Eoque pertinent verba APVL. *metamorph. X.* quae refert PITISCVS in *lexic. antiquit.* verb. *nummularius.* Atque hos publico munere functos esse non inficias eo. Alterum autem genus horum nummulariorum refertur eorum, qui

 maio-

maioris generis monetam accipiunt, vt minoris per partes reddant, vel acceptis nummis in alienam regionem, in qua diuersi generis nummorum vsus est, vt transferantur, curant. Et hos quidem recte collybistas dici crediderim, κόλλυβος enim tam ipsam *pecuniae permutationem*, quam *pretium pro ea soluendum* designat. Quod vero hi publicum gesserint officium, numquam inuenisse memini. Priuata potius auctoritate has negotiationes exercuisse, facilius crediderim. Et hinc est quod CIC. *in Verr. l. 3. c. 78.* collybum *improbissimi furti vocabulum* appellet; quod improbum dictu fuisset, si & haec vocabula & hoc munus publicam habuerit caussam. Ex quo CIC. loco simul duplex nummulariorum genus, de quo antea disserui, commode probatur, quum ibi illud, quod pro spectatione, & quod pro collybo datur, sollicite separet. Spectationem vero, probationem pecuniae, quae a nummulariis spectabatur, recte interpretatur HOTTOM. Displicet autem quodam modo *Pitiscus* vocabulo *nummularius* quod *L. 1. §. 9. D. de offic. praef. vrb.* qua nummularii cognitioni praefecti vrbis subiiciuntur, ad illos tantum nummularios restringat, qui monetas scrutabantur, quum tamen ipsa *d. l.* verba: *vt nummularii probe se agant, circa omne negotium suum, & temperent his quae sunt prohibita;* latiorem nummulariorum considerationem optime tradant; & quum omne quidquid intra vrbem, immo intra centesimum lapidem ab vrbe committeretur, ad praefecti vrbi animaduersionem pertinere doceat VLPIANVS *L. 1. §. 4. D. de praef. vrbi*, consequitur, *Pitiscum* iusto strictius hanc legem accepisse, quae

quae tamen ad omnis generis nummularios haut dubitate ſpectat. Quam autem collybiſtarum ſpeciem refert HIERON. *in cap. 21. Matth.* huc non, ſed ad ſolos pertinet Iudaeos.

§. V.

Satis, quantum propoſiti limites permittunt, dictum eſt de argentariorum, menſariorum, nummulariorum & collybiſtarum differentia. Si quaeris, cur ſaepius tam in legibus quam aliis ſcriptoribus haec nomina commiſceantur? cogita, malitiam & lucri cupiditatem plerisque communem fuiſſe, & quod nummularii arte ſciebant, argentarios ex diuturno vſu haut ignoraſſe, vt facilius omnes, quum vnum intenderent finem, vno quoque & communi nomine comprehendi poſſe creditum ſit. Haec erat nominibus olim contracta obligatio. Quae, licet obſcuris ſane verbis exprimatur, nunc tamen patet. Erras tamen, ſi putas ita eſſe contractam litterarum obligationem. Nec enim ſcriptura hanc efficit obligationem, ſed eſt tantum alterius obligationis acceſſio, & quoddam probandi medium, quod abunde adparet ex *L. 61. pr. D. de obligat. & action.* vbi SCAEVOLA ita: *Procurator Seii admiſit ſubſcriptionem ad argentarium vaſcularium in verba infra ſcripta:* Λέκιος Καλάνδιος ἐπέγνων καθὼς προγέγραπται ἐςὶ λοιπὰ παρ' ἡμῖν ὀφειλόμενα τῷ δεῖνι τόσα. *Quaero an Caium Seium obligari potuit? Reſpondit, Seium, ſi alioquin obligatus non eſſet, non propter quod ea ſcriptura, quae proponeretur, interpoſita ſit, obligatum eſſe.* Vides quod ſola ſcriptura, licet ad argentarii menſam facta fuerit, non obligauerit. Nec obiicias, quod procuratoris factum rationem diſpo-

 ſitionis

ſitionis reddat. Quod nego. Noſtine, quod quis per alium facit per ſemet ipſum feciſſe dici?

§. VI.

Antea vero quam ad ſolutionem de arca & domo deuenio, ſilentio praeterire non poſſum, quam aegre feram ab omnibus ferme locum CIC. *ad Attic. l. 4. epiſt. 18.* obtorta ratione ad ſcripturas ex menſa componi Addo hunc locum, quo circumforaneus error liqueat: *Haec pactio*, inquit CICERO *non verbis, ſed nominibus & perſcriptionibus multorum tabulis cum facta eſſe diceretur, prolata a Memmio eſt, nominibus inductis auctore Pompeio.* Nolim aliquid in lectione huius loci emendatum, quod HEINECCIVM feciſſe miror, qui in *ſyntagm. antiquit. L. III. t. 22. ſſ. 2.* pro *perſcriptionibus*, *praeſcriptionibus* ſcribit; quae correctio ſenſum non modo non explanat, ſed corrumpit. Hoc autem fateor lubentiſſime, *Ciceronem* vocabulo perſcriptionis in ſenſu magis vulgari quam antiquitatibus conuenienti vti. *Perſcriptionem* enim non niſi de ſolutione quae fit apud argentarios vel trapezitas dici, ſupra iam tradidi. De hac vero ſolutione ad menſam ibi neutiquam locutio eſt. Quod exinde ſtatim coniicere datur, quod *tabulis perſcriptiones* factas eſſe adſerat. *Tabulae* enim hic *Ciceroni* ſunt, *codex accepti & expenſi quos omnes patresfamilias habebant in quem & pecuniae mutuaticiae ſine vſuris referebantur.* Has in tabulas maxima cum diligentia, ea quae in *aduerſariis* curſim tantum exceperant, vt quaſi memoriam aduertant, boni patresfamilias recondebant. Quam differentiam ſcite exprimit *Cic. orat. pro Roſc. Com. c. 2.* Quae tabulae ſi non omnem, quamdam

dam tamen habebant fidem, eoque praestantiorem forte; quod, quum Censores earum fide vrbem lustrarent, & vniuscuiusque ciuis censum aestimarent, patresfamilias iureiurando has tabulas confirmare iuberentur teste *Dion. Halic. l. 3.* Argentariorum vero libri *calendaria* dicebantur, codex scilicet rationum pecuniae foeneratitiae. Tabulas si cognoueris de argentariis aut mensariis dici, inuenies *tabulas auctionarias* designari, quibus argentarii, quum apud mensam eorum & publicae auctiones fierent, res vendendas perscribebant, vt cuilibet videndi potestas daretur, *Cic. orat. pro A. Caec. c. 6. Quinct. 11. 2.* Ac praeterea si de argentariorum calendariis intelligenda essent verba; *multorum tabulis* facta nomina dici non potuisse, in aprico iacet. Hinc potius ad hunc sensum componatur locus, quod hanc pactionem non Domitius solum & Memmius promittentes, & consules quibus se obstrinxerant, in tabulas redegerint suas, sed illi quoque, qui amicitiae vinculo interrant, siue tamquam sponsores, siue tamquam testes consideremus, pariter ad seruandam rei memoriam suis tabulis inseruerint; vt adeo recte *multorum tabulis* nomen factum esse dici potuerit. Et quis crediderit, quaeso, hos paciscentes, tam infamem pactionem in publicum conspectum apud argentarios producendi cupidos fuisse, quam tamen omnibus occultare modis par erat, ne & auctoritas & fides obfuerentur.

§. VII.

Hactenus de nominum obligatione, numeratione ad mensam argentarii vel mensarii; paucis de ea *quae de arca* vel *domo* dicebatur. Erat autem, *quando*

 credi-

creditor domi suae ex arca pecuniam numeraba, nomenque debitoris in tabulas suas siue codicem accepti & expensi referebat. Quamquam autem supra commemoraui, his tabulis fidem quodam habitam fuisse modo, tamen quum ipsa numeratio seu traditio ad firmam mutui requireretur, solae non sufficiebant, sed intercedere debebat stipulatio, qua in scripturam redacta, adscriptis nominibus, validissima praesumtio de solutione pecuniae facta oriebatur, quo pertinet illud SENEC. *epist. 26. Finire iam volebam, & manus spectabat ad clausulam. Sed conficienda sunt sacra & huc epistolae viaticum dandum est. Puta me non dicere vnde sumturus sim mutuum: scis cuius arca vtar. Exspecta pusillum & de domo fiet numeratio;* adde CORN. NEP. *in Attico c. 13. Quinct. L. 4. c. 2.* SYMMAC. VM *L. I. epist. 5.* Ex Romano autem Iure euoluas *L. 40. D. de reb. credit. L. 5. §. 3.* & *L. 26. D. de pecun. constit. L. 6. §. 1. & D. 7. D. de nouat.* Solent & *L. 1. §. fin. L. 6. D. de SCto Macedon. & L. vlt. D. mandati* circumferre, sed oleum & operam perdis, si vestigium in his legibus quaeris. Si poscis a me, vt dicam an hoc quoque genus quoddam litterarum obligationis sit, fatebor, nihil ibi adpositum me inuenire potuisse. Tralatitium tamen esse, obiicis. Commentitium reputo. Desine itaque cum errantibus errare, nisi, quod vitium habent prudentiores, gloriam sectatoris tibi comparare credideris. Sed te obsecro, doceas aliud huius obligationis fundamentum, nisi stipulationem. Quae si certa sunt, vix enim dubium probare poteris, cur nouum obligationis genus fingamus? Nec aliam quoque actionem video traditam, quam vel ex stipulatu vel de constituta pecunia. Nouam litem mouere videtur

THEO-

THEOPHILI παράφρασις *ad tit. inſtit. de litterar. obligat.* qui ita rem explanat. Λίτερις ἐπὶ τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὸν δάνειον, μετασχηματιζόμενον ῥήμασι καὶ γράμμασι τυπικοῖς: *Litteris eſt vetus nomen in nouum debitum transformatum verbis & litteris ſollennibus.* Si hic locus multos vexat, non *Theoph.* noſter inculpandus eſt, ſed culpa redarguit ipſos. Quamuis enim hoc non adſeruerim, eum omne punctum obligationis cui litterae adhibebantur tuliſſe, falſa tamen contineri, quae perturbare poſſint legentes, non introſpicio. Peſſime ſane de *Theoph.* cogitant, qui ſibi perſuadent, ipſum nouam litterarum obligationem quam IVSTINIANVS inuenit, explanare voluiſſe, quae ſi ipſius mens fuiſſet, furca expellanda eſſet. Adtigiſſe mihi videtur illam numerationem, quae de arca & domo fiebat accedentibus litteris & ſtipulatione ſollenni. Poſtea enim quam numeratio facta eſt pecuniae creditae, obligatio ex mutuo contrahitur. Quum vero malitia non raro gremium Romanorum impleuiſſet, verendumque fuerit, ne numerationem factam negaret debitor, cauebant, vt ſollennibus ſtipulationibus fides redintegraretur, & ſcriptura hanc cautionem compleſteretur. Quo facto, licet debitum reale ante fuerit, illud in nouum debitum ex ſtipulatione transformabatur. Non ergo cognitu eſt difficile, nouationum indolem his *Theoph.* verbis ſignificari. Nec hoc negare conuenit, has nouationes non in mutuo tantum, ſed aliis quoque contractibus, conſenſu initis, obueniſſe. Erant enim hae cautiones Romanorum, quibus malitiam comprimere ſtudebant. Nec malo quidem conſilio, ſed & hodie imitando, quum & his temporibus

non languescere, sed ingrauescere, quotidiano malorum adplausu, malitiam lugeamus.

§. VIII.

Non procul aberrare videtur THEOPH. a CAIO *in institut. L. II. t. 9. §. 12. quem* ante oculos habuisse *Theoph.* vel exemplum ab ipso luculentiori intellectui adpositum, commonstrat, de qua re, & loco CAII ANIANI interpolationibus multum obscurato, copiose, & scite dixit SCHVLTINGIVS *in iurisprud. ante Iustinian. ad* CAII *loc. adleg. p. m. 161 seqq.* qui & cautionum sollennitatem perscrutaturo satisfacit. Venia mihi impetranda est, *lector beneuole*, quod *te* tamdiu, fere dissertationis cancellos egressus detinuerim. Sed contine te ipsum intra cancellos. An enim nihil ex his antiquis moribus ad nos translatum putas? Parum & nostram vrbem & aliorum mores cognoueris, nisi quae noua iactitantur, antiqua redolere, intellexeris. Cinguntur, vestiuntur homines more antiquo, quem vestitum ab exteris terris nouiter adlatum susurrant, vt citius sapiant nouo colore induti. Peda nostra annon veterum Romanorum hastam praesentent, circumspice. Caue tamen, ne haec antiqua vendites, ne famam iuuenis bonae indolis perdas. Mundus vult decipi. Actum tamen agere videbor, quum ipse IVSTINIANVS *§. vn. I. de litter. oblig.* obligationem quae olim nominibus fieri dicebatur, hodie non in vsu esse, & cessare verborum obligationem dixerit. Ac consumere omnem defensionis spem videtur VINNIVS *in comm. ad instit. de litter. oblig. n. 6.* hanc caussam desuetudinis adferens: quod translato Constantinopolim imperio consuetudinem Graecorum impetrassent Romani,

mani, qui συγγραφαῖς vſi, id eſt, ex ASC. PAEDIANI aliorumque interpretationibus, cautionibus vtriusque contrahentis manu ſubſcriptis atque obſignatis, quas deinde non συγγραφὰς ſed σύμβολαια vocarunt. Haec omnia animum non reprimunt. IVSTINIANI dicta quod adtinet, non intelligo quidquam eſſe abrogatum. Quod vero dicit nomina non amplius eſſe in vſu, hoc certe abrogationem non redolet. Primum enim irridere mihi videtur imp. veterum imaginariae opinioni, quod his generibus ſcripturae vim obligandi ineſſe crediderint, & alto ſupercilio contemnit ſomnia quod nominibus, quod ſcriptura obligationem fieri dixerint, quae non niſi acceſſoria & probationi deſeruiens iuſto haberi debuerit. Deinde quum intellexerit, chirographorum magis quotidianum vſum fuiſſe, ex quibus frequenter, numeratione haut facta, tam malitia creditorum quam negligentia debitorum liqueſceret, operam nauauit, vt & creditoribus proſpiceretur, & debitores cauſſae iacturam metuentes, a deſidia ad mentis agitationem reuocarentur; vt pericula quemuis cautum reddant. Antiquorum itaque cautam obligandi rationem nihil immutauit; nouitios tantum cautius mercari docuit, quo nullum legislatoris conſilium ſapientius eſſe poteſt. Argentarios an neſcis ex ipſis nouellis conſtitutionibus & edictis IVSTINIANI publicum habuiſſe. Quis ergo prohibuit quemque ad eorum fidem confugere? Quis vetat patrumfamilias tabulas? Quis tam obſcure cogitat, vt non collatis debitoris & creditoris tabulis, nominis probationem informari poſſe credat? Doce cauſſam. Et, ni fallor, hodiernis moribus haec omnia, quamquam certo modo temperata, valere cernitur. Libri proxe-

proxenetarum publicarum, qui ab argentariis parum discrepant, annon probant? Dixeris semiplene; probant tamen. Mercatorum libri, quos patresfamilias credimus diligentissimos, desides bonis cedunt, annon apud exteros iuramenti fide stipati plene probant? Licet apud nos aliter dispositum sit. Et nonne pariter laude dignum foret, si quemque patremfamilias ad tabulas suas diligenter & fideliter formandas obstringeremus? Vel itaque intelliges, mores antiquos nos sequi, vel dignum esse vestigia premere; quae derelinquentes perdimus fidem. Sic testibus quoque & fideiussoribus hae tabulae quam maxime commendandae essent.

§. IX.

In his itaque nominum obligationibus, vel nihil, vel parum abrogauit IVSTINIANVS. Videamus an in stipulatione sollenni numerationi de arca & domo consueta hoc fecerit, dum dicit: *cessante scilicet verborum obligatione.* Antecedentium coniunctio hanc tantum voluntatem exponit, vt in hac a IVSTINIANO introducta litterarum obligatione nulla requiratur obligatio verbis sollennibus contrahenda. Verborum obligationem vero omnem exstirpatam esse numquam mihi persuaderi patiar. Quantus enim stipulationum & IVSTINIANI tempore fuerit vsus, non ignorat, qui tractationes *in Instit. de verb. obligat.*, *inutilib. stipulat.*, *fideiussi. nouat.*, *liberat.*, quaeque & de iis in *Codice* passim deprehenduntur, & mediocriter tantum peruestigauit. Quamquam autem alii CONSTANTINI constitutione *in L. 1. C. de form. & impetrat. action. sublat.* & IVSTINIANI sanctione *L. 10. C. de contrah. stipulat.* tanto commoueantur opere, vt nullis stipula-

tioni-

tionibus amplius aures praebére velint; me tamen nec titubantem reddunt; quum ipſarum legum verba hoc tantum praeſtent, vt aucupationes verborum ſcrupuloſaeque formulae tollantur. Omnem autem & ſtipulationum & verborum obligationum vſum obiicientes peſſime concludunt, quod res ipſa docet.

§. X.

Conſtat igitur, niſi mihi ipſi adſentior, antiquis vſitatam nominum obligationem indolem litterarum obligationis plane non habere. Hoc potius demonſtraui, eas obligationes vel ad mutuum vel ad ſtipulationem pertinuiſſe, ſcripturam autem praeter probationem nihil effeciſſe. Omnem itaque reprehenſionem incurrunt qui TRIBONIANVM increpant quod in *L. 8. ſſ. 1. D. de fideiuſſor. L. 1. ſſ. 1. D. de nouat. L. 1. ſſ. 3. D. de pact.* & *L. 1. §. 1. D. de obligat. & action.* obligationum re, verbis, vel conſenſu contractarum, litterarum obligatione omiſſa, mentionem faciat. Inclementior adhuc eſt cenſura MARCILII *ad inſtit. §. vlt. de obligat.* qui omnes has leges, in quibus obligatio litterarum praeterita eſt, interpolatas a TRIBONIANO mira cum fiducia adſerit. Temperantius dicit SCHVLTING *ad Caii inſtit. L. II. t. 9. ſſ. 1.* ideo noluiſſe TRIBONIANVM verbum de litterarum obligatione ineſſe pandectis, ne quis exiſtimaret de illa agi, quae hodie non eſt in vſu. Dic, infeſte MARCILI, vnde tibi haec coniectura venerit, vt coniicere ipſe poſſim, te non ſomniaſſe. CAII obiicies locum? Sed nondum in portum te contuliſti. Omnes a me ſupra laudatae leges, ſi exceperis *L. 1. ſſ. 1. D. de oblig. & action.* ex VLPIANO ſunt. An autem hunc ICtum litterarum obligationis mentionem feciſſe, probare

probare poteris? Nihil penitus. Ergo desistendum est ab his calumniis. Ipsam tamen *L. 1. ff. 1. adl.* ex CAII libris esse, vrgebis. Est ex illis, largior, sed non ex CAII *institutionibus*, sed e *libris aureorum*, qui si non continuerunt obligationem quae litteris contrahitur, nullius culpae eum accusare par est. Numne itaque praeualebit haec coniectura, quod, quum nullus ICtorum celeberrimorum, nec CAIVS ipse in *libris aureorum* meminerit litterarum obligationis, hic locus ANIANI interpolationibus corruptus sit? Aut itaque haec mihi est concedenda coniectura, aut largiendum est erraſſe CAIVM in obligationum generibus commemorandis, quum & litteris fieri sparserit. Eoque facilius quemque mihi de errore conuenturum esse spero, si cum animi contentione *ff. 12. I.* CAII legerit, vbi nouationum & delegationum exempla ad illustrandam obligationem, quae litteris fieri ab ipso dicebatur, adferri in propatulo est. Idcirco tantum abest, vt noster TRIBONIANVS conuitiis exagitandus, vt potius quam maxime sit laudandus, quod CAIO nuntium miserit, remque ab errorum tenebris in lucem protraxerit. Intellexit certe omnes obligationes, quae nominibus fieri dicebantur, vel re, vel verbis contrahi. Quid ergo opus nouo nomine rem obscurare. Instas cum MARCILIO: sed *L. 38. D. de oblig. & act.* litterarum obligationem commemorat, ergo omitti a Triboniano non debuisset. Adiicio ipsam legem, cuius verba haec sunt: *Non figura litterarum sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur, quatenus placuit, non minus valere quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.*

retur. Ergo datur litterarum obligatio? Quae qualis quantaque conclusio! Scriptura valet; minime tamen obligationem ante tempora IVSTINIANI efficiebat. Non melius MARCILIO & GALVANO consulitur *L. 2. D. de oblig. & act.* in qua plerumque verba, *scripturae proprietatem* sententiae patrocinari credunt. Ego nihil noui ibi, nec vllum litterarum obligationis vestigium deprehendo: scripturae proprietas, sollennitatem indicat; quum itaque dicitur, in illis contractibus qui consensu perficiuntur, neque verborum nec scripturae proprietatem requiri, respicit CAIVS ad antiquam stipulationem sollennem in scripturam redigendam, de qua fusius supra egi. Si vero a contrario quis concludere vellet, ergo sunt tamen contractus qui scripturam sollennem desiderant, ac litterarum obligationem producunt; hanc conclusionem tam ineptam dixerim, quam si quis adferat, in emphyteusi ecclesiastica requiritur scriptura, ergo haec emphyteusis est contractus litteralis, & litterarum efficit obligationem.

§. XI.

Hae erant illae veterum nominum obligationes quas IVSTINIANVS ab vsu decessisse adserebat. Successerunt deinde Graecorum more συγγραφαὶ, quarum a chirographis differentiam ita describit ASC. PAED. *in Verrem. L. 1 c. 36. Inter syngraphas & caetera chirographa hoc interest; quod in caeteris tantum quae gesta sunt scribi solent, in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit, & non numerata quoque pecunia, aut non integre numerata, pro temporaria voluntate hominum scribi solent, more*

insti-

instituto que Graecorum & caeterae tabulae ab vna parte seruari solent, syngraphae signatae vtriusque manu, vtrique parti seruandae traduntur. Litterarum autem obligationem induxisse numquam consenserim, quamdiu exceptio non numeratae pecuniae perpetua mansit, vti illa regulariter est, quod patet ex *L. 4. §. 16. D. de doli mali except.* iunct. *L. 5. §. fin. D. eod.* Ita enim siue syngraphas, siue chirographa ad probationis genus tantum pertinuisse, dubio vacat. Si itaque litterarum obligationem ab ortu deriuare velimus, ab illis temporibus repetenda est, quae constitutionem nobis tradunt, qua certo & breuiori tempore inclusa exceptione non numeratae pecuniae, post illud plenum vigorem nulla exceptione labefactandum, litterae habent. Vetus vestigium quo antiquius mihi non obuenit, deprehenditur in *Codicis Hermog. fragm.* quae vide in SCHVLTINGII *iurisprud. anteiustin. tit. 1.* est *de cauta & non num. pec.* Fragmentum ita se habet: *exceptionem,* ita pro *executione*, secundum *edit. Lugdun. Paris. & Geneu.* optime legi notat SCHVLTINGIVS, *non numeratae pecuniae non anni sed quinquennii spatio nuper censuimus. Scripta VII. Id. April. Caes. A. Coss.* Illud ancipitem tenet mentem, an priuatas scripturas, vel sollennes cautiones constitutio haec adtingat. Posterius inde creditu facilius mihi videtur, quia sollennes scripturas olim desiderari probaui, atque ante CONSTANTINI constitutionem in *L. 1. C. de formul. & impetr. act. sublat.* abrogatam esse sollennitatem scripturae non innotescat. Nihilo tamen minus, quum quinquennio euacuata sit exceptio non numeratae pecuniae, primum littera-

lis

lis obligationis fundamentum exinde iure colligo.

§. XII.

Iam celebrem & eximia prudentia offero legem. Digna quae tota in vsum reuocaretur. Inuenies eam in COD. THEOD. *L. 11. t. 27. si certum petatur de chirographis.* Est impp. HONORII THEODOSII & CONSTANTII. Duo praecipua habet capita, alterum de *mortuorum*, alterum de *viuentium chirographis* agit. Primi capitis hae sunt partes: creditor mortuo debitore, si hic absens fuerit intra iuge, h. e. *continuum*, *quinquennium*, si praesens debitor mortuus intra biennium, iudici competenti publicare cautiones, & debitoris heredes conuenire debet, sub iactura crediti. Conueniens autem, intra haec constituta tempora, heredes, nihilo minus probare debet tam ipsam scripturam, quam debiti caussam, vel documentis aliis, vel testibus. Deficiente eiusmodi probatione veteratoris suspicionem incidit, & a petitione repellendus, immo puniendus est. Secundum caput, viuentium chirographa tractans, tribus constat membris: si negat debitor cautionem, nec inter praesentes XX. anni & inter absentes XXX. elapsi sunt, sequestratio pecuniae locum habet, vsque dum litigatio ex falso ad finem producatur. His autem annis peractis, cessante sequestratione, ipse creditor debitum aliis modis probare tenetur. Sin autem debitor manum fateatur, vrgeat tamen nihil sibi numeratum esse, post quinquennium audiendus haut est. Postremo noua plane additur sanctio, vt intra duodecennium renouatio debitorum fieri debeat, contra absentem

 iudi-

iudicis impetrandum edictum & postibus debitoris adfigendum est, domestici etiam conueniri possunt. Vides quanta sapientia hi IMPP. cautionibus excrescentem malitiam creditorum pariter atque debitorum compescuerint. Pertinet igitur tota ad chirographariam caussam, quod ex exceptionis n. n. p. circumscriptione prone intelligitur. Tempus quidem quinquennii in hac lege definitum esse adseri nequit, sed quum ad constituta iam tempora se referat, vix improbabitur coniectura, quod ad supra collatum fragmentum Cod. Hermog. respiciat, in quo quinquennium definiri, iam exposui. Sane non dubitatur, IVSTINIANVM in reformanda litterarum obligatione has duas antiquas leges ante oculos habuisse, & si tempora exceperis, dici poterit prudentiam hanc in suis legibus, quae & in codice de non numerata pecunia deprehenduntur, imitatum esse.

§. XIII.

Vt ergo IVSTINIANI tempora & huius obligationis naturam reformatam rite intelligamus, locum addam *§. vn. I. de litt. oblig.* vbi sedes chirographarii contractus & litterarum obligationis conspicitur. *Plane*, inquit IMP. *si quis se debere scripserit, quod ei numeratum non est: de pecunia minime numerata, post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit vt hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur & ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus vsque ad quinquennium procedebat, sed ne creditores*

diutius

diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est; vt vltra biennii metas huius modi exceptio minime extendatur. Adde ad pleniorem cognitionem *L. 14. C. de n. num. pec.* Ex quibus haec *contractus chirographarii* definitio dimanat: *est contractus litteralis, quo quis spe futurae numerationis pecuniam mutuo se accepisse confitetur, post biennium chirographum dantem efficaciter obligans.* Descendit exinde *condictio certi ex litteris* siue *chirographo*, quae est actio personalis, creditori qui chirographum accepit aduersus debitorem competens, ad illud, quod in chirographo se accepisse confessus est, restituendum. Nec tyronem fugit hanc obligationem mere ciuilem esse. Quo enim principio non solutum repeti posse credi potest? Interim tamen naturae regulis repugnare aegrius concedo, quo iustius est, desides patresfamilias ad agitandam rerum suarum curam poenis excitare, malitiamque ingrauescentem reprimere. Secessionem autem a vulgata DD. opinione facere cogor, qui ciuiles obligationes omnes aequitate Praetoria excludi, nescio quo principio, defendere conantur. Non ignoro quasdam earum a Praetore reprobari, de omnibus autem hoc inconsulto adseri mihi videtur. In obligatione ex re iudicata, licet sententia iniqua pronuntiata, hoc fieri difficillimum est demonstratu, immo falsum. Eamdem illis litem mouebo, qui hoc de litterarum obligatione contendunt; nam infra docebo exceptionem non numeratae pecuniae contra actionem ex contractu chirographario descendentem plane non dari, adfirmant. Quam ob caussam & hanc speciem ciuilis obligatio-

 nis

nis ad eas refero, quam aequitas praetoria minime reprobauit. Et cerebrinam quidem ac ipsam reprobandam ducerem. Aequitati potius quam maxime conformis est litterarum obligatio, quod ante deducta probant.

§. XIV.

Vt distinctius de cautionibus capiendis iudicare possimus, requisita prius enodabo, consecutionibus exinde deductis: 1) *vt chirographum sit datum*, 2) *vt ex caussa mutui sit datum*, 3) *vt biennium taciturnitate debitoris sit elapsum*. Quod *primum* fundamentum adtinet, proprie loquendo chirographa quamuis scripturam, debiti confessionem continentem complectuntur. Quae a veteribus Graecis χειρόγραφα a recentioribus ἰδιόχειρα vocantur. A quibus συγγραφὰς in eo differre scimus, quod vtriusque partis subscriptionem habeant. Quumque hoc nouioribus temporibus in bilateralibus plerumque contractibus fieri soleat, his συγγραφὰς, chirographa vero vnilateralibus contractibus adplicant. Hallucinatur ALCIAT. *parerg. l. 3.* qui chirographa polypticos libros vocat, qui tamen rationes publicas potius denotant. Vnde *L. 2. C. Theod. de discuss. rationibus publicis id est polypticis* dicitur, *conf. L. 13. eiusd. Cod. de iud. deb.* Polyptichos vero curatius dixeris, quum illae chartae πολλὰς ἀποκλείσεις οἷον πτυχὰς contineant. Nihil autem intererit, siue quis propria manu conscripserit, siue subscripserit tantum, siue alias ipsius nomine scripserit & subscripserit. Vltimo vero casu ἰδιόχειρον male appellaretur. Consequor ex hoc primo requisito quod omnino hoc chirographum siue litterae, quae

cautio-

cautiones in iure nostro dicuntur, omne sint & primum huius obligationis fundamentum. Quod *nomen* litt. oblig. satis comprobat, partim ex *ff. vn. l. de litter. oblig.* constat, vbi IMP. eum qui se debere scripsit *scriptura obligari* & ex ea *nasci obligationem* dicit, suffragante *ff. vlt. I. de oblig. verbis: aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris aut consensu.* Quae licet haut placeant BACHOVIO *Vol. I. disp. XX. th. 2. litt. B.* cuius rationes WISSENB. *ad Instit. disp. XXXIV. th. 21.* suo suffragio confirmat & IO. FR. BOECKELMANN *in comm. ad Dig. L. XII. tit. 1. ff. 13.* cum eoque NIC. MARTINI *in diss. de mutuo praesumto* sententiam impugnent, nihil tamen mutuo.

§. XV.

Operosissimus fuit MARTINI in congerendis rationibus pro praesumto mutuo pugnantibus, quare de his quanta potero breuitate circumspiciam. MARTINI rationes hae sunt: 1) quoniam ICti trium tantummodo obligationum, nullius vero litterarum obligationis mentionem faciant. Sed oblitus forsan est CAII *Institutionum* & IVSTINIANI, ac meminisse quoque par erat nullam olim exstitisse obligationem ex litteris, adeoque ex scriptis ICtorum & edictis Praetorum, quibus conflatum digestorum corpus, illa deduci haut poterat. Principum autem constitutiones nouam hanc obligationis speciem inuenerunt. Instat 2) porro, quod ipsa scriptura aliam contineat caussam, pecuniae scilicet numerationem, quae actoris actionem fundet, & cui reus contradicat. At enim vero hoc ipsum adsertum a natura litt. oblig. prorsus abit. Contracta quin-

litterarum obligatione non quaeritur amplius an quidquam sit numeratum. Ad hoc tantummodo adtendere debemus, an confessio adsit de mutuo accepto debito. A qua quum biennium praeterierit, debitor numerationi contradicere nequit. Idcirco non numeratio sed chirographum verum fundamentum habet. Non grauioris ponderis est 3) quod si scriptura fundamentum esset, actor semper obtineret, modo reum scripsisse probauerit, hoc nero non ita procederet, dum reus non scripturam, sed numerationem abnegaret, actorque ius, non quod scripserit reus, sed quod acceperit praetenderet. Nam expeditum quidem est, reo scripturam negante, probationem eius actori incumbere. Hac vero probatione feliciter acta, si biennium iam effluxerit, non amplius reo aditus ad negandam numerationem datur: nihil enim interest, siue numeratio sit facta, siue non, satis quod scriptura demonstretur. Quam ob rem etiam 4) adsertum corruit, quod ita reus non condemnaretur propter scripturam, sed propter probatam ab actore numerationem, quod tamen fieri deberet, si scriptura ille obligaretur. Posterius veritati conuenit, quum autem prius ex falso praesupposito defluxerit, nauci omne, quod obiicitur, est habendum. Nouam 5) exinde exsculpere studet rationem quod IVSTINIANVS non primo hanc obligationem introduxerit, sed iam veteribus ICtis atque imperatoribus nota fuerit, vti illud adparere ex *tot. tit. C. de non numer. pec.* sibi finxit. Ita ergo concludere haut dubie tentat: quod cum veteribus ICtis & imperatoribus ante IVSTINIANVM cognita fuerit, nec tamen litterarum obligationis mentio

fiat,

ſiat, litterae obligationis fundamentum eſſe nequeant. Error grauis tam in antecedentibus, quam in conclufione inuenitur. In ſcriptis enim veterum ICtorum litt. oblig. inueniri nego, & ſupra hoc iam demonſtraui. Illos enim compertos habuiſſe, diuinando quaſi, obligationem quam deinceps IMPP. inuenerunt, nemo & leuiter tinctus adſeret. Quae ab impp. vero informata ſunt, exſtant, adeoque ad conſequendum nihil omnino ſupereſt. Prouocat quidem 6) ad *L. 9. C. de n. n. pec.* in qua omne fundamentum in numeratione poni pro vero venditat. Dubito vero an ſerio haec dixerit, mallem iocum haberi, vt parcamus viro. Magnus mihi eris Apollo, qui ex hac lege caſum erues, vbi ex litterarum obligatione actio erat inſtituta, de quo & cogitaſſe tantum imperatores vitium habetur. Verba ex initio legis, *quum vltra hoc quod accepit re obligari neminem poſſe conſtat*, luculenter demonſtrant ex mutuo, adeoque reali contractu, actum eſſe, in quo nihil quod ſolutum non eſt, repeti poſſe, ſuperficiaria tantum inſtructus ſcientia non dubitabit *L. 2. ſ. 3. L. 11. D. de reb. cred.* & alibi paſſim. Ac ſequentia verba: *ſi nec dum tempus intra quod huius rei querela deferri debet tranſiit*, hoc optime confirmant, ſi quidem, quamdiu *queri poteſt*, nulla exiſtit litterarum obligatio, *ſ. vn. I. de litter. oblig.* de qua re in exponendo tertio requiſito fuſius agam. Si aliquid eſt quod ipſius ſententiae lucem accendere videtur, ſunt certe 7) verba IVSTINIANI *in ad-leg. ſ. ne pecuniis vlterius fraudari creditores poſſint*, quae etiam voto ex aſſe reſpondere credidit, quum creditores fraudati dici nequeant, ſi numera-

tio facta haut sit. Infra horum verborum significatum dabo. Illud hic sufficiet, quodsi veram numerationem requirere velimus, nulla plane vmquam literarum sed rei esset obligatio. Quod quo modo ferri possit dispice. Reliquum quod ipsi est argumentum, a quorumdam ICtorum suffragatione deriuatum, parui pendeo, quum raro vnus erret.

§. XVI.

Errant itaque, qui in praesumto mutuo firmum quaerunt praesidium; quum mutuum re, non praesumtione contrahatur. Errant qui praesumtam numerationem fundamentum habent; quum in literarum obligatione non amplius de numeratione quaestio sit, non quod praesumatur lege, de qua praesumtione nihil exstat, sed quia scriptum est. Sed imprudentius hi errant, quos tempus biennii modum constituendae obligationis constituere non pudet. Tempus quod constituat obligationem, an vmquam in legibus inuenisti? An tempus est factum obligatorium? Miror THOMAS. *in schol. ad Huber. prael. iur. ciu. ad instit. tit. de litt. oblig. schol. ad* §. 4. *L. 44.* §. *1. D. de O. & A.* adduxisse, vt exinde demonstret obligationem tempore constitui haut posse. Perspice, quaeso, legem. Obligationem ad tempus constitui non posse dicitur, quod in stipulatione olim obtinuisse constat. Qualis autem inde conclusio? Confectam opinor litem, de litteris vero litterarum obligationis fundamento constituendo. Quo nomine ante omnia constare debet, debitoris hanc esse scripturam, quam creditor ad fundamentum actionis profert. Duplex igitur aliis videtur quaestio: an scriptura haec sit quae adseritur, an numeratum

sit.

ſit. Poſteriorem plane eliminandam cenſeo, quum in litterarum obligatione nihil referat an numeratio facta nec ne. Prior huius loci eſt. Quod ſi debitor hanc ſuam non adgnoſcat ſcripturam; in diuerſas partes eundum eſt, pro diſtincta *iuris communis* & *Saxonici* dispoſitione. *Communi iure*, negante reo *actori incumbet probatio, hanc debitoris eſſe ſcripturam, vel minimum ipſius voluntate exaratam;* in qua ſi ſuccumbat actor, actione cadit & reus eſt abſoluendus. Longe aliter vero res *iure Saxonico* procedit. Hoc enim documenta vel recognoſcenda, vel diffitenda. Numquam itaque actori probatio incumbit, potiſſimum in proceſſu executiuo; at ſi, reo forſan ad diffitendum ſe offerente, illum actor admittere nolit, ſcimus executiuum proceſſum tunc eſſe derelinquendum, ac, ordinario deinceps inſtituto, eadem probatio tunc ad actoris officium pertinet. Haec dum pauci ignorant, probatione non indigent. Caue autem, maleuole debitor, ne improbo conſilio neges; actore enim probante vel teſtibus, vel aliis documentis, ſcripturam tuam eſſe, ſcias te dupli luere poenam. Quae poena & in malitioſam numerationis negationem, & in creditorem ſolutionem factam improbe inficiantem ſtatuta eſt in *Nou. 18. c. 8. auth. contra qui C. de n. n. pecun.* Nec, ſi iuramento a creditore deſuper delato, illud deteſtans debitor tandem confiteatur, eumdem ab hac poena omnem relaxationem habere tuto adfirmo. Scio quidem plerorumque ICtorum opinione in hoc caſu poenam inficiationis euacuari. Sed nuncium ipſis mittere iubet dict. *Nou.* Dupli quidem poena omnino ceſſat, ſed alia ipſum pertinaciter negantem exſpectat. Ita

 enim

enim diſtinguit *Nou.:* ſi actor ſtatim neganti iusiurandum deferat, & ille, hoc declinans, confiteatur, vacuus & immunis eſt ab inficiationis poena. Sin autem protracta lite, deinde actor iusiurandum deferat, tandemque iurare nolens, adfirmet negatum, ad praeſtandas expenſas condemnabitur. Quod merito poenis accenſes, quum alias lite per iusiurandum ſopita, compenſari ſoleant expenſae.

§. XVII.

Pergo ad ſecundum requiſitum: *vt ex cauſſa mutui chirographum ſit datum.* Eſt & hoc plurimis DD. controuerſiis, vt ſata iuris prudentiae eſſe ſolent; vexatum. Scio quoque rem a multis iam eſſe tractatam. Nihil me deterret. Nihil ſane proferri poteſt, quod non ab aliis ſcriptum ſit. Nihil ſcriptum eſt, cui non aliquid poſſit addi. Et vt prius de mea ſententia te reddam conſtantiorem, rationes colligam collectaque arma in diſſentientes feram. Nemo, niſi plane imperitus, in dubium vocabit & verbis, & re, & conſenſu iam antiquioribus temporibus contractus perfici. Nouum itaque obligationis genus, quod *litteris perficeretur*, voluiſſe Impp. introducere vix ambigitur. Ergo quodcumque negotium iam vel verbis, vel re, vel conſenſu perfectum eſt, illud ſi litterae accedant, non perfectum demum, nec perfectius redditur, ſed litterae acceſſorium tantum habentur, vel ſi mauis, ad faciliorem probationem tendunt. Alia longe eſt ratio litterarum obligationis, quae, niſi litterae eſſent, plane nullam perfectionis cauſſam haberet, niſi in litteris ita ſcriptum eſſet, & hae ſolae litterae producunt obligationem; indeque Imp. ſanxit: *ſcriptura obli-*

gari

gari scribentem, & ex scriptura nasci obligationem. Quidquid enim per se perfectum est, alia perfectione haut indiget. Aut ergo re, aut verbis, aut consensu iam perfectus est contractus; & quid iuuant litterae, nisi vt probent? Aut re, aut verbis, aut consensu perficiendus erat contractus; nec eum perficient litterae, nisi in mutuo lapsu biennii litteris confirmato. Pessime adeo quis concluderet: vbicumque chirographum est datum & biennium praeterlapsum, ibi est litterarum obligatio. Optime haec exponit VINNIVS *ad tit. I. de litt. obl.* Quasdam cautiones & confessiones debiti plane inutiles dicit, scilicet, quae caussam debendi non continent, quas indiscretas vocant, quales sunt, si quis confessus est se debere, nulla nominatim expressa caussa, propter quam debeatur. Indiscretae rite vocantur ex *L. 25. ff. fin. D. de probat. & praesumt.* verb. *& indiscrete loquitur*, quod verba sequentia magis declarant: *nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit, caussas explanauit.* Quam ob caussam etiam in *L. 13. C. de n. n. pec.* expresse dicitur: *eamque caussam specialiter promissor dixerit;* caeterae, pergit VINNIVS all. l. *quae certam debendi caussam continent, vtiles quidem sunt, sed non omnium vna est vis idemque effectus: harum etenim quaedam ad probationem tantum & fidem rei gestae valent, ad obligationem nunquam; quaedam vim habent obligationis, nunquam solius probationis.* Ac ad prioris generis refert chirographa, non de mutua pecunia data, ad posterioris generis vero chirographa de credita pecunia tradita. Haec si probe seiunxeris, numquam contra principia litterarum obligationis illides.

§. XVIII.

§. XVIII.

Praeterea adcurate notes *L. 5.* & *13. C. de n. n. pec.* In *priori lege* manifeste satis dicitur: *exceptionem non numeratae pecuniae ibi locum habere vbi quasi credita pecunia petitur.* Igitur non in alio chirographo, nisi quod mutui caussam continet, obtinebit. Quod si te forsan ambiguum teneat *L. 1. D. de reb. cred.* vbi creditum, in generaliori significatu, pro omni negotio in quo alterius fidem sequimur accipitur, & hoc nomine creditae pecuniae significationem facili negotio de commodato, deposito & reliquis eius generis contractibus intelligi posse credideris; sequentia verba *alleg. leg.* reuocabunt animum ad constantiam, in quibus ita dicitur: *quum autem ex praecedente caussa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur an tum quum cauebatur numerata sit, sed an iusta caussa debiti praecesserit.* Iam omnes reliquos contractus consideres, siue verbis, siue litteris, siue consensu colligati sint, iam antecedit caussa, quum perfectus sit contractus, postea autem antecedens scriptura rei gestae tantum memoriam tradit. Igitur litterarum obligatio nihil ad reliquos contractus pertinere potest. Conspirat cum his a me dictis *L. 13. C. eod.* in qua generaliter sancitum est: *vt si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscumque pecuniis ex antecedente caussa descendentibus, eamque caussam specialiter edixerit, non iam ei licentia sit caussae probationem stipulatorem exigere, quum suis confessionibus adquiescere debeat.* Non est quod obiicias, etiam in chirographo, ex quo litterarum obligatio descendere debet, mutui caussam antecedentem adesse, & in scriptura exprimi; numeratio

ratio facta non est, hinc mutui caussam antecessisse inconsulto diceretur. Rem etiam luculentius probat IVSTINIANVS *L. 14. C. de n. n. pec.* vbi dicit: *in contractibus in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur.* Quibus verbis imperatorem omnes *fungibiles res* in quibus mutuum constitui potest designasse eo certius redditur, quod in *ʃ. 1. eiusd. leg.* expresse in deposito certarum rerum vel pecuniarum, ne antepostita verba scrupulum iniicere possint, constituit, talem exceptionem, id est tanto priuilegio ornatam, qualis contractui litterali obiici potest, locum non inuenire. Illud autem mihi intellexisse videor, plerorumque errorem in hac materia inde promanasse, quod in omnibus negotiis in quibus exceptio n. n. pec. opponi potest, litterarum obligationes subesse sibi persuadeant. Quod, quam peruerse cogitetur, oppido patet, si consideramus exceptionem hanc & contra apocham dari; litterarum vero obligationem ex apocha nasci, tam ineptum est dictu quam cogitatu. Ita quoque intelliges contra depositi instrumentum exceptionem n. n. pec. quae deposita in instrumento dicitur, vel exceptionem non adimpleti contractus, quae in omnis generis contractibus fere adplicatur, opponi posse, sed inde pessime consequeris contractum depositi realem declinasse in contractum litteralem, & scripturam constituere obligationem. Nec aptius concludis hanc n. n. pec. exceptionem priuilegiis iisdem esse stipatam, ac si contra litteras opposita esset. Quod si quis meae instantiae obstare crediderit ipsam *L. 14. C. de n. n. pec.* quae exceptionem non numeratae pecuniae in deposito expunge-

pungere videtur, doleo quod ipsi videatur, mihi & plerisque non videtur, quum *talis* tantum, scilicet priuilegiata antecedentibus legibus, exceptio non inueniat locum.

§. XIX.

Quum vero nihil sine ratione sit statuendum, tradam eam, quae mutuo tantum adcommodat litterarum obligationem. Et nostrarum aetatum experientia docet, quam improuide saepe, & plerumque necessitatibus pressi, in conflando aere alieno versentur homines, quam creduliquc sint, timentes, ne diffidentia quadam creditori se suspectos reddant, & eum a proposito ipsorum angustiis medendi auocent; & quam frequenter creditores hac debitorum adflictione abutantur, chirographaque, numeratione nondum facta, blandis persuasionibus eos circumscribentes, subducant. Quotidiana haec quasi Romanis fuit eiulatio, quotidiani & hodie sunt fletus. Idcirco laudandum est Impp. consilium, debitores ad prouidentiam, creditores ad fidem exercendam excitans. In aliis autem contractibus circumspectiores plerumque, ac tantis necessitatibus non vrgentibus, proniores ad diffidentiam, quam nimiam confidentiam homines reperies.

§. XX.

Caussas meae sententiae recensui, videamus quid dissentientes obmouere soleant. Longum, immo inutile foret singulos commemorare. Adducam in praesenti tantum *Perill.* SAM. DE COCCEII *in iur. ciu. controu.* Adserit *Vir Cel. ad tit. D. de reb. cred. qu. 20.* toties adesse litterarum obligationem, quoties animus scriptis se obligandi & cauendi adsit.

Quae

Quae si vera essent, non opus sane foret quatuor genera contractuum realium, verbalium, litteralium & consensualium efformare. Dicendum fuisset omnes contractus reales verbales & consensuales litterales quoque fieri posse. Quod quemadmodum principiis consentiat, non perspicio. Addenda igitur fuisset demonstratio, quae tamen nec ipsis adlegatis legibus quadam ratione adparet. *L. 38: D. de obl. & act.* valere dicit *quod scriptura significatur.* Valebit autem tamquam medium probandi, neutiquam tamquam medium perficiendi contractum. Quid vero verba *§. vn. I. de litt. obl. sic sit vt & hodie, dum quaeri non potest, scriptura obligetur;* probare possint, non coniicio. Speciem haberent veritatis, nisi antecedentia verba & hanc obscurarent, eaque coniungere contextus requirit. Multo minus adferi potest cum ipso, in emtione ex scriptura obligationem oriri, si hoc actum sit. Id quidem lubens fateor, partes ita conuenire posse, vt contractus emtionis per scripturam demum perficiatur, quod docet *pr. I. de emt. vend.* Nego autem ex scriptura oriri obligationem, sed oritur ex consensu in rem pro certo pretio transferendam, qui consensus nisi in scriptura adesset, nulla plane subesset obligatio ex emtione venditione. Pone enim exaratam esse hanc scripturam de emtione venditione, & subscriptam quoque a partibus, emtorem vero vrgere, se numquam consensisse in ea quae scriptura continentur, & dolo inductum esse ad subscriptionem; aut denegas emtori hoc auxilium, & nihil, credo, dictu esse iniquius, nec lex hanc iniquitatem adprobat; aut admittis eum ad hanc proba-

tionem

tionem, & certo defluit non litteras sed consensum efficere obligationem. Si contra me vrgere placet, quod & in chirographis ideo obligatio insit, quia dicit debitor sibi numeratum esse, habes me iure refragantem. In litterarum enim obligatione non quaeritur, quod numeratum, sed quod scriptum est, de quo supra. *L. 14. C. de n. n. pec.* explanationem quum iam antea dederim, non immorabor in eius dissolutione, neque *L. 2. ff. 3. in fin. D. de doli mali & met. except.* diutius inhaerebo, quippe quae non de litterarum, sed de verborum obligatione loquitur, nec etiam aliam nisi creditae pecuniae caussam exhibet.

§. XXI.

Perill. Vir *in quaest. 23.* defendere studet in omnibus negotiis, quibus quis traditione obligatur ad restituendum, exceptionem n. n. pec. locum habere, quum eadem aequitatis militet ratio, quod spe accipiendi scripserit. Pace autem tanti Viri, error omnino in eo latet, quod exceptionem n. n. pec. generalem, cum illa quae speciatim priuilegiata est confundat. Quumque hoc priuilegium & exorbitans ius ad consequentiam trahi non debeat, ad reliqua negotia, excepto mutuo, tanto minus pertinebit, quo certior discriminis ratio ex superiori tractatione patet. Ad leges ab ipso adlatas me verto. *L. 15. C. de n. n. pec.* explanationem iam dedi; *L.* vero *1. C. si pign. conuent. numerat. non secuta sit* nec speciem adfert. Scimus contractum pignoratitium eiusque obligationem iure accessionis censeri, nec consistere posse nisi principale debitum adsit; hinc tam in *L. adl.* quam in *L. 1. C. de n. n. pec.* quae

eadem

eadem cum priori eſt, dicitur: *nam intentio dati pignoris, nec numeratae pecuniae, non aliter tenebit, quam de fide debiti conſtat.* Quod ſi itaque ipſum caſum pignoris ob mutuum dati conſideramus, facilis eſt conciliatio: ante biennium, olim quinquennium, in litteris debito ſcripto, de fide debiti nondum conſtat, ergo pignus repetere poteſt, niſi pignus poſſidens creditor alio modo probauerit veritatem. Poſt hoc biennium autem elapſum, de fide debiti ex ipſa ſcriptura ſiue cautione conſtat, ergo pignus petere nequit debitor, niſi debiti vinculum fuerit diſſolutum. Eademque ratio habenda, ſi pignus debitor poſſideat, & contra actorem exceptione n. n. pec. vtatur. De actione qua debitor ex *h. L.* experiri queat, diſputare non huius eſt loci, neque tamen verba, *in rem poteris experiri* me dubitare ſinunt, quod rei vindicatio locum ſortiatur. Confectam iam controuerſiam crederem, niſi exemplum, quod de dote adtulit, ſpem retineret. Non leuiter hoc argumentum rem tangit. Omnes fere conſpirant, confeſſionem acceptae dotis in litteris, litterarum obligationis ſpeciem habere, & in *tot. tit. C. de dote cauta non numer.* tutum praeſidium quaerunt. Re autem adcuratius penſitata, ipſorum caſtra derelinquere cogor, nec verum litterarum obligationis veſtigium inuenio. Primo ex *tot. tit. C. de rei vxor. act.* vberrime adparet, nullam aliam actionem pro repetenda dote, niſi *ex ſtipulatu* competere, ſiue promiſſio in ſcriptis de reſtituenda dote ſit facta, ſiue non. Et ipſa actio itaque ex ſtipulatu demonſtrat, ex ſtipulatione naſci & obligationem & actionem. Quomodo ergo ex ſcriptura naſci poterit? Deinde

 audias

audias *L. 1. C. de dote cauta non numer. Dotem* inquiunt IMPP. SEVERVS & ANTONINVS, *numeratio dotalis instrumenti facit, & ideo non ignoras ita demum te ad petitionem dotis admitti posse, si dotem a te datam probatura es.* Collige exinde quam leue pondus scriptura habeat, & te mihi consensurum esse, spero, hanc obligationem ex scriptura esse haut posse. Durum forsan videbitur, quod scriptura probationem hic subleuare non debeat, sed censuram temperat *L. 3.* IVSTINIANI *alleg. tit.* vbi haec ratio scripturae fidem labefactans adfertur: *quod pecunias dotales datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris sit, cum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit.* Durante itaque matrimonio maritus qui spe futurae numerationis in scriptura confessus est se dotem accepisse, licet longo tempore iam fuerit initum matrimonium, maritus contra promittentem *condictione ex L. 6. C. de dot. promiss* experiri poterit, cui actioni si reus instrumentum dotale opponat, nihil probationis ipsi dabit, nisi aliunde numerationem demonstrare possit. IVSTINIANVS vero hunc rigorem quodammodo moderaturus *L. 3. C. eod.* eam dispositionem ad tempus constantis matrimonii restrinxit. Sin vero matrimonium vel morte vel diuortio dissolutum sit, post annum, illum qui in scriptis confessus est dotem se suscepisse, exceptione n. n. pec. vel dotis plane non audiri iussit. Longe vero commutauit haec IVSTINIAN. *Nou. 100. c. 1. & 2.* tempora per quae matrimonium stetit discernens, ita, vt intra biennium matrimonio distracto per anni spatium; post biennium, inter decennium tamen soluto, per tres menses querela

rela de n. n. pec. competat. Post decennium vero coniugio finito, nullo modo querelae n. n. pec. aditus pateat, sed omni exceptione exitus restituere dotem teneatur, nisi minorennibus restitutio in integrum competat. Nulla vero inde ratione consecutio valet, hanc ex litteris esse obligationem. Latius iam dixi & probaui, nullam aliam ad dotem repetendam actionem competere quam *actionem ex stipulatu*, cuius fundamentum non litterae sunt, sed stipulationis tantum probatio; eaeque post hoc tempus elapsum tam perfecte probant, vt nulla contrarii probatio inueniat locum. Quum adeo scripturam antecedat stipulationis caussa & *actio ex stipulatu* non *condictio ex litteris* competat, ex scriptis non descendere obligationem, oppido patet. Ac ne subtilius nimis haec a me excogitata esse, quis suspicetur, quemque ad lectionem *praef.* & *cap.* 1. *dict. Nou.* 100. inuitatum cupio. In *praef.* haec verba inueniuntur: *& liberare a probatione mulieres in talibus ex longo tempore existimauimus*, & in *cap.* 1. dicitur: *vbi enim licet, in prolixo sic tempore proponere querelam, si tacere elegerit palam est voluisse, vel si non accepit dotem, omnino eum aut suos reddere heredes.*

§. XXII.

Superest, vt de tertio requisito disseram, nempe, *vt biennium elapsum sit.* De biennio quidem, continuo a tempore chirographi dati computando, a IVSTINIANO quinquennio, quod olim erat, surrogato, nemo dubitabit. Aperte docet *§. vn. I. de litt. obl.* & *L.* 14. *C. de n. n. pec.* At enim vero de hoc copiose & grauiter satis disceptatur, an ante biennium litterarum nulla sit obligatio, nullaque actio?

Plerosque si euolueris, in omnibus enim compendiis circumerrante hac opinione, inutile foret paginas longa hac enarratione explere, distinctio ante oculos venit inter actionem natam, & cum effectu instituendam. Ante elapsum biennium nasci obligationem, post illud tempus efficacem demum esse, contendunt. Ne ficta haec videantur, legantur BERGER. *in resolut. LL. obstant. XII. tit.* 1. *qu.* 2. & *Perill. de* COCCEII *in iure ciu. controu. ad eund. tit. qu.* 21. Si vmquam, in hoc maxime argumento hanc distinctionem expellendam duco. Comparemus ipsas legum constitutiones, adparebit non modo hoc discrimen non inueniri sed euidentissime tolli. Primo me ad §. *vn. I. de litter. oblig.* confero. Quod est luculentius verbis IMP. *sic fit, vt hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascitur condictio.* Ab opposito ergo valet conclusio, aut logica in exilium mittitur, intra biennium queri adhuc potest, quia datur exceptio, quia competit querela n. n. pec. quia conceditur condictio sine caussa, aut caussa data caussa non secuta, ergo non scriptura obligatur, ergo nec nascitur actio. Miror sane quod *cel. Viri* textum hunc dilaceratum velint, credentes verba haec non de nata obligatione, sed de effectu obligationis loqui. Vbicumque enim nascitur obligatio, & nasci debet actio. Atqui, vt supra habes, tunc demum nascitur actio, dum queri non potest, sed dum queri potest, nasci nequit. Oppositorum quippe opposita est ratio. Hinc porro infero. Si non nascitur actio, nec nascitur obligatio. Neutrum enim separari potest. Nescio autem quid stomachetur MARCILIVS *ad I. h. t.* *Male autem,* inquit, *scriptum est*

eſt hoc ſpſo dum queri non poteſt; *nam eſſe debet: dum queri poteſt.* Cur autem, MARCILI, ita eſſe debet? Reſpondes, vt habent verba tua: *conteſtatio nempe illa quaſi querela eſt L. 8. C. de n. n. pec.* Eheu! quam triſtis rationis adſpectus! Ratiocinaris, vt, perperam te cogitaſſe, ratiocinari ipſi poſſimus. Refutarem haec, niſi iniuriofum me erga lectorem crederem, ſi dubitarem, quin intelligeret commentum.

§. XXIII.

Pergo in demonſtratione meae ſententiae. Componamus *L. 3. & 10. C. de n. n. pec.* Intra tempus quod n. n. pec. exceptioni eſt datum, conueniens creditor debitorem, nec ad probationem vti poteſt chirographo, ſed aliunde arceſſere tenetur probationes, alias reus abſoluitur. Ita ergo conſequor. Quidquid nec probat debitum, illud nec fundamentum debiti eſſe poteſt. Atqui ſcriptura nec ante tempus conſtitutum probat debitum, ergo. Hoc tamen non obſtante ipſi ſupra laudati disſentientes hanc *L. 3.* in ſuas partes trahere contendunt. Conſenſum elicere ſtudent ex verbis: *ſi ex cautione tua conueniri coeperis*; ſed in his nihil patrocinii inuenio. Sane ſi quaeuis actio quae inſtituitur vera & iuſta eſſet, nequiſſimi omnium mortalium homunciones largam nequitiae meſſem reportarent. Refert igitur, vt ſciamus an actio iure competat nec ne. Condictio autem certi ex litteris, quod iam docui, ante biennium iure inſtitui nequit. Forſan hoc erit, quod ipſorum ſententiae fidem dare opinantur. Exiſtimabunt nempe inde probatu facillimum eſſe, quod actio ſummo ſeu ſubtili minimum iure competere debeat, quum exceptio n. n. p. data ſit, ad exantlandas actionis vi-

res. Siquidem, actionem nullo iure suffragante institutam, iudex suo statim officio depellere debeat. Infirmiora haec non curo. Conueniamus modo, qualem creditor intra biennium instituerit actionem. Si condictione certi ex litteris experiri coeperit, solum fundamentum in litteris & confessione numerationis ponens, improbe, auare, & vel imprudenter vel malitiose ageret iudex, si actorem non statim a limine iudicii depelleret, quum scire possit & debeat: ex hoc fundamento actionem intra biennium non dimanare. Ne autem rigorosior haec censura videri possit, iudices excusabo, praesertim in his terris, vbi executiuus processus, non tempore spectato, sed documento tantum guarentigiato, obtinet; quum praesagire iudex nequeat, an reus in continenti liquidas exceptiones habeat. Vbi autem hoc processuum genus, vigente iure communi, cessat, hanc notam iudex non euitabit. Aliud est si actor condictione certi ex mutuo vtatur, in qua fundamentum in vera numeratione constitui debere, nemo ignorat, nisi ignarus, tunc enim repellere agentem iudex nequit; reus tamen n. n. p. exceptione contra hunc impetum se defendet, nihilque actoris probationem quae ipsi iniungenda est, adiuuat scripturam se docere, quam intra biennium flocci habendam esse toties dixi, toties demonstraui.

§. XXIV.

Satis puto me fecisse litterarum obligationi, ne plus nec minus iusto efficiat. Iam mihi animus est exceptionem n. n. p. ex fontibus suis repetere, datis cautionibus, ne alter alterius malitia deceptus, succumbat, iuraque nostra iniustitiae accuset. Aut parum

rum noui mundum, aut certo scio, superare malitiosos bonos viros & numero & pondere. Quo est delicatius hos a se inuicem distinguere. Boni male agunt, quod omnes bonos credant, quod licet reprehendendum sit, turpe tamen dici nequit. Gloriae itaque famam seruant, licet decipiantur. Nec vitae simplicitas turpitudo iure vocatur, nisi a turpibus. Satis autem est bonum virum & sapientem se praestare, vt & aliis fidem, & nebulonibus cautionem doceat, vt bonus sit, ne ipse fidem frangat, prudens, ne machinantibus fidat. Olim non erat sic, sed tempora mutant mores, & nos mutamur in illis. Caueat quisque, ne periclitetur. Non rarum enim est, turgescente hominum proteruitate, vt beneficiis male & pessime abutantur. Hinc fit, vt vterque & creditor & debitor cautione opus habeant. Multa remedia in fauorem debitoris in iure constituta sunt, in quibus si ita versetur, vt debitum modum & tempus obseruet, nihil ipsi a creditoris calliditate timendum est. Quae inter principem locum tenet except. n. n. p. Supponit vero, vt creditor actionem intra biennium contra debitorem instituerit, quum intra biennium tantum opponi queat, excipere autem nemine agente nec quisquam possit. Iam supra explosi errorem eorum, qui ex scriptura, ante biennium obligationem & actionem deriuant. Eumdem igitur errorem committunt, qui exceptionem n. n. p. condictioni certi ex litteris opponi defendunt. Eam actionem enim plane non competere ante definitum tempus, firmiter contendo. Qua de caussa si etiam iudex, vel imprudentia vel sportularia rapacitate, libellum condictionem ex litteris ante biennium continen-

rem non ſtatim reiecerit, ſed citationes ad partes emiſerit, reus imprudenter maxime ageret, ſi exceptionem n. n. p. obiiceret. Quo conſilio hoc fiere, haut intelligerem. Probatio enim iniungi per ſententiam nequit, quum libellus plane fundamento agendi deſtituatur, adeoque ipſa ſententia adhuc reiici debeat. Qualem igitur aliam actionem intra biennium tentare poſſet actor, quam condictionem certi ex mutuo? atque tunc reus, exceptione n. n. p. oppoſita, negat fundamentum huius actionis, in numeratione conſtitutum. His perpenſis, iudices annon fruſtra priuilegium debitoris excipientis in eo quaerant, quod non in excipientem ſed actorem transferatur probatio. Argumentari mihi ita videntur: exceptione reus fit actor. *L. 1. D. de except.* vti ergo actor fundamentum ſuae actionis probare debet, ita etiam reus exceptionem. Quum itaque in exc. n. n. p. hoc non ita eueniat, ſed actori probatio incumbat, ſingulare hoc eſſe aiunt, a generalis iuris tenore recedens, adeoque merito priuilegium ſalutari. Ita autem in contrarium per inuerſionem concludo: *quicumque actor actionem in mera negatiua fundat, illam non probare debet* L. 23. D. *de probat.* Ergo *nec reus exceptionem negatiuam.* Quare nullum priuilegii veſtigium in hoc cernitur, ſed communibus iuris generalis regulis reſpondet.

§. XXV.

Si aliquid eſt quod ad debitoris fauorem ſpectat, hoc vnicum recenſuerim, quod intra biennium creditor ſcriptura nec ad probandum vti poſſit, quum alias documenta efficiſſimum medium probandi ſint. Inde enim eſt, quod in *L. 3. & 10. C. de n. n. pec.* actori

ri probatio iniungatur, quod fieri haut posset si scriptura ad probationem numerationis factae sufficeret. Neque discrimen inter scripturam publicam & priuatam hic adtendi meretur. Si enim publicum instrumentum nihil aliud continet, quam debitoris confessionem, quid interesse potest? quum intra biennium confitenti confessio nocere non debeat. Longe aliter se res habebit, si publicum instrumentum ipsam numerationem, in praesentia iudicis, re ipsa, factam esse commonstret, quo casu probationis efficacia instrumento denegari nequit. Maximum priuilegium in eo consistit, quod biennii spatio exspiret, quum alias eius generis exceptiones perpetuae esse debeant. Quod si ex parte debitoris consideramus, non fauorem, sed odium continet, desidiae scilicet poenam, quae efficit, vt elapso biennio nullus aditus ad impugnandas litteras amplius pateat. Fauorem itaque tantum creditoris respicit, quod verba declarant IMP. *in §. vn. I. de litter. oblig. ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari.* Quam ob rem manifestius est, vt dubitari possit, post elapsum biennii spatium chirographum, confessionem accepti mutui continens, ita confirmari, vt nec dubitetur de numeratione, nec ad illud labefactandum quocumque modo, debitor amplius admittatur. *L. 8. C. de n. n pec.* emenso tempore *omnimodo compellere* iubet *debitorem* & in *L. 14. eod.* eo lapso *nullo modo* querelam non numeratae pecuniae introduci posse, sancitum est. Quo nomine certe nulla dubitandi caussa subesset, nisi mortalium generi frequens vitium dissensus leges perturbauerit. Tantoque alacrius vigilare debet debitor vt διαμαρτυρία τῆς ἀναργυρίας intra biennium suscipiatur, quo

 illa

illa maximi, praeiudicii praescriptio interrumpatur. Haec enim contestatione facta, *exceptio perpetua redditur*, & ad heredes transit. Sed quid si debitor, scripturam dans, ante contestatam querelam moriatur, tunc quaestio est, an heredes quoque facultate excipiendi gaudeant? Quae quaestio recte deciditur in *L. 8. C. de n. n. pec.* An mortuo debitore totum tempus exceptioni determinatum exierit, nec nec? adtendere iubet. Si posterius, *residuum tempus & heredibus merito competit*, sin prius, *minime excipiendi ius est, sed heres ad soluendum compellitur*, quod & eo protenditur, vt, etiamsi heres *pupillus* sit, ab hac necessitate non relaxetur. Haec verba: *heres eius etiamsi sit pupillus;* GOTHOFREDVS male intellexisse mihi videtur. Ita enim commentatur: *heres etiam pupillus tenetur debito paterno.* Quasi vero hic respiciendum sit, an heres sit filius an debitum paternum. Sane ad rem non pertinet commentatio. Haec potius adaequata ratio erit. quod heres restitutionem non ex propria, sed defuncti persona impetrare debeat, defuncto autem, praeterito tempore nulla competebat restitutio, ergo nec heredi, licet ipse minor sit, concedi debet. Nec aliud declarat IMP. quum *L. 14. d. t.* dicit: *his scilicet. qui propter aliquas caussas specialiter legibus expressas, etiam elapso quinquennio, in praeteritis temporibus adiuuabantur, etiam in posterum eodem auxilio potituris.* Quis enim negaret minoribus & maioribus etiam ob absentiam contra praescriptionem dari restitutionem? Quis contra minores biennii praescriptionem admittet? Sed haec ita, si ipse debitor sit minor. Heres an minor sit, nihil refert, nisi quoad residuum tempus recte dixeris, intra tempus minoris aetatis non currere. §. XXVI.

§. XXVI.

Habes itaque meam sententiam, quae post biennium omnem quaestionem de non numerata pecunia eludit. Non quidem noui quid me inuenisse iacto, est & aliorum cordatiorum ICtorum opinio, planius tantum de mea voluntate constare cupiebam. Hoc tamen te scire volo, quod illa tantum remedia, quibus numeratio confessa impugnari potest, biennio euacuentur. De caetero vero alia, & multa, & ponderosa, adhuc conquassare possunt actoris vincendi spem. Ac primo post biennium reum ipsam scripturam negare posse, eoque nomine actori probationem iniungi expeditum est. Ignoratur enim Iure Rom. iusiurandum diffessionis, quod hodie in vsu esse solet. Deinde omnes aliae exceptiones peremtoriae, quae numerationem non adtingunt merito & post biennium adplicabuntur. Quis enim tam inique cogitaret de IVSTINIANO, quod post biennium omnes exceptiones exstirpare & malitiae ita ianuam aperire voluerit? Quis quoque nescit specialia iura restringenda, non extendenda esse? Ac exemplum quoque *exceptionis solutionis in L. 10. C. de n. n. pec.* luculenter prostat. *Adseuerationem* nempe *debitum solutum contendentis temporis diuturnitate non excludi* disponitur, quod merito ob adpositam rationem ad alias peremtorias exceptiones, numerationis negationem non continentes, protenditur; & vnius etiam positionem, alterius exclusionem non efficere, quilibet intelligit. Vnicam peremtoriam exceptionem nempe doli, siue generalis, siue specialis, post biennium, quatenus haec ad numerationem impugnandam profertur, penitus reiicio. Verborum enim tantum est lusus, sufficit, quod numeratio

ratio his ipsis exceptionibus negetur, quod fieri nequit. Nolo in hac re copiosius esse, quum vbique fere in controuersiis diffuse deprehendatur. Mihi sufficit vera proposuisse iuris principia, quibus dissentientibus facilius occurri potest. Et si non priuilegiatae exceptionis n. n. p. tamquam exceptionis doli aut in factum, inuentores *tot. tit C. de n. n. pec.* non superficiarie scrutati essent, eos fugere haut potuisset in *L. 3. eod. exceptionem doli*, & in *L. 9. eod. in factum* vocari exceptionem n. n. p.; adeoque omnibus his exceptionibus post biennium repulsam dari. Incidi hac occasione in mirabile caput & somniantem interpretem VRANIVM *ad cap. exceptionem X. de except. no. 42.* Duo adhuc visa sunt ipsius ingenio commoda remedia, quibus & post biennium consuli posse debitoribus sibi sapit. Alterum ponit in restitutione in integrum ex generali praetoris clausula: *si quae mihi iusta caussa videbitur;* quo nihil excogitare potuit interprete detestabilius. Cauillatio haec est, non interpretatio, non commentatio, non consultatio, non obseruatio, nec quidquam aliud iurisprudente dignum. Si hoc auxilium praesto esset, quis tam obnubilatae rationis inueniretur, vt non perspiciat totam Iustiniani inuentionem ad reprimendos malitiosos, desides excitandos, in cassum ire: quin ipse IMP. in *L. 14. C. de n. n. pec.* hanc lubricam meditationem reiecit, dum illas tantum caussas *specialiter legibus expressas* contra praescriptionem adiuuari sanxit; clausulam hanc generalem Praetoris restringere voluit. Si hanc miratus es auxilii inuentionem, obstupefactus leges, quod viam denunciationis euangelicae aperiat, vt in hunc portum se conücere possit debitor. Dixeris, quid

denun-

denunciationes euangelicae huc pertinent? Quid ad nos? Recte quidem sentis, sed audi VRANIVM deperditum auxiliatorem: *quia sumus in materia peccati, quo passu ius canonicum eiusque dispositio de denunciatione euangelica, concurrentibus caeteris requisitis, obseruari solet.* Sed haec putrida philosophia refutatione non est digna.

§. XXVII.

Quid tandem sentiam de excogitata distinctione inter exceptionem n. n. p. *priuilegiatam* & *non priuilegiatam*, non vberius a me efflagitabitur, quum iam prolixius decertauerim de resecanda post biennium querela n. n. p. Immo ipsum nomen non priuilegiatae & priuilegiatae exceptionis non numeratae pecuniae verum huius exceptionis sensum corrumpit. Iam serio dixi, & dedi demonstratum, quod priuilegium incongrue quaeramus in eo, quod excipiens haut probare debeat, sed id ipsum exceptionum negatiuarum naturae consentiat. Si hoc non est priuilegium, quae erit itaque non priuilegiata? Excogitantium sensu non ens. Si alterum priuilegium perpendimus, quod scriptura post biennium numerationem plene probet, nec contrariam probationem admittat; corroboraui & principiis & legibus ipsis, in fauorem creditoris hoc priuilegium tendere. Nescio itaque quomodo debitor fauori pro creditore introducto renuntiare queat. Quidquid tamen sit, in foro, inuito licet iure, distinctio inter priuilegiatam & non priuilegiatam adplausum meruit ANTON. FABR. *in cod. l. IIII. t. 22. def. 1.* CARPZ. *P. I. const. 32. def. 66. & in process. tit. XXII. art. 3. n. 50. & 72.* SCHILT. *Exerc. XXII. §. 31.* RICHT. *P. I. dec. 21. n. 12.* quamuis

uis nec desint ex pragmaticis ICtis qui & in contrariam abeant sententiam, BERG. in *elect. discept. for. T. XI. obs. 4.* WERNHER. *P. I. obs. 6.* LANGER. *de except. P. III. c. 14. n. 66.* Et inprimis BERG. *adleg. loc.* in Saxonia A. 1691. senatum appellationis eamdem opinionem recepisse testatur. Minimum autem illi dissensus dicasteriorum demonstrant, eis minime subscribendum esse, qui per vsualem interpretationem distinctionem inter priuilegiatam & non priuilegiatam exceptionem n. n. p. introductam esse tradunt. Infeliciter sane nobiscum ageretur, si inconstantes opiniones ICtorum, & ipsorum collegiorum quoque, instar iurium colere obstringeremur. Quae sit autem haec non priuilegiata exceptio, paucis tradam, vt, vbi hoc receptum est, sciamus cautiones suscipiendas. Priuilegiatam vocant, quae intra biennium opponitur, atque onus probandi in creditorem transfert. Non priuilegiatam vero esse contendunt, quae & post biennium potest opponi, reum tamen excipientem probatione onerat, quod numeratio non sit facta. Hoc itaque in casu maxime excipiens de modo probandi sollicitus esse debet. Eludere hanc probationem videntur qui cum LVDOVICI *in doctr. digest. ad L. XII. t. 1. §. 22.* adserunt, negatiuae huius probationem aliter fieri non posse, quam per remotionem loci & temporis. Deperderet plerumque operam reus quam in hanc probationem conferret. Miraculosa etenim maxime sunt eius modi chirographa, in quibus locus specialis factae realis solutionis seu numerationis exprimitur, atque dum maxime, quum creditor machinis contractus chirographarii debitorem obruere meditatur. Locum quidem chirographo addi, non igno-

ignoro, ſed exinde in hoc loco numerationem factam eſſe, nihil conſequitur. Quid ergo haec probatio ſit effectura, non perſpicio.

§. XXVIII.

Cur vero debitorem tantis illaqueamus difficultatibus? Nondum in anguſtias redactus debitor, exceptionem probaturus, mihi videtur. Documentis maxime ſuam cauſſam agere poteſt. Optima eſt debitoris cautio, vt ſi forſan rerum anguſtiis oppreſſus chirographum ante numerationem det, vel, transmiſſionis pericula euitare cupiens, hoc tradiderit, ſibi maxime per litteras, vulgo dictas den Revers, oder Gegenſchein proſpiciat, quae continent confeſſionem creditoris, nondum numeratam eſſe pecuniam, quam debitor in chirographo confeſſus eſt. Ne vero vmbram ſecuritatis in illis quaeſiueris, adtendas omni contentione, vt minimum ſumma debiti, & tempus, quod in chirographo continetur, adcurate in illis exprimantur, alias enim vel nullum, vel mediocrem fructum tuae cautioni promitto. Omnia autem ſi bene compoſita ſint, nulla fortiori probatione infringi poterit chirographi fides. Et quid, ſi abituro debitor chirographum dederit, atque in antecedente cautione remiſſius egerit, ex interuallo vero debitor litteras ad creditorem mittat, & pecuniae numerationem vrgeat, quibus creditor reſpondens, promiſerit certo tempore ſe transmiſſurum eſſe? quin & his litteris perfecta probandi vis inſit, nemo dubitabit. At enim vero creditor quoque in hoc negotio prouidus verſetur. Iungam hic ſtatim creditoris cautionem. Eo refero, vt creditor, qui illas litteras dedit vel emiſit, ſoluta deinde pecunia, has litteras ſibi reſtitui

ftitui poftulet. Sed quid fi hae litterae amiffae dicantur? Pronum videtur effe auxilium, vt litteras caffationis, einen Mortificationsfchein fibi dari curet. Ego certe non ita tutum reputo, vt non plus fit timendum de malitiofo; de bonae fidei homine pariter. De malitiofo, quum timor fit, ne has ipfas litteras caffationis non adgnofcat, &, vbi hoc introductum, diffiteatur, laudabis curam. Nec in bonis qui dicuntur, cenfura dignus ero, quod fufpicer. Malo timere & cauere quam credulitate decipi. Boni mores haut raro mutantur. Hinc illae lacrymae ab his excitae, quos optimos credebamus. Et fi haec quidem non verenda, fed integrae frontis debitor fit, mortuo ipfo heredes, bonorum, non fidei femper, omnia perturbare poterunt. Et quod ergo perfectius dabitur confilium? Tradam. Aut *coram iudice foluas*, & acceptationem, folutionem, declarationem de caffandis litteris in regiftraturam conferri cures, aut *notarium adfcifcas*, & haec iunctim in inftrumentum redigantur. Poffes teftes forfitan & aduocare, & coram his haec omnia fufcipere. Teftes, vel obliuifcuntur, vel adulterant teftimonium, vel moriuntur. Ita fepelitur tua fecuritas. Irridebunt haut pauci nimiam meam fubtilitatem, & vt verum dicam, diffidentiam. Periculum eft faciendum, inquient, non femper timendum. Confilium dare volui. Nolui foeneratoris partes agere. Sapienti fat.

§. XXIX.

Praeter documenta, de quibus egi, & *per teftes credo probationem inftrui poffe*. Si enim hi tempore dati chirographarii adfuerint, & fciant folutionem in futurum tantum fuiffe promiffam, vel poftea audiuerint

rint creditorem dixiſſe, quod nondum ſoluerit pecuniam de qua chirographum accepit, apprime inſeruient probationi. Redeo rurſus ad creditorem, qui ſi ſciat hos teſtes adfuiſſe in numeratione deinde facienda, maxima circumſpectione vti debebit, ne his teſtibus debitor deinde peſſime abutatur. Ea propter iisdem ante expoſitis conſiliis ſuam adiuuabit ſecuritatem. Supereſt, vt de modo probandi per *iuramenti delationem* paucis diſpiciam. Equidem hoc probationis medium omni modo reiiciendum puto. Vix tamen profuturam eſſe operam illis ſpem facio, qui eo nomine ad *L. 14. ∬. 3. C. de n. n. pec.* prouocant. Manifeſte ibi proponitur iuramentum deferri non poſſe. Cuius diſpoſitionis haec eſt ratio: quia cui non competit exceptio nec ius datur iuramentum deferendi. Ergo aliena haec demonſtratio videtur a propoſito, ideo quod ex fori vſu omnino quoque poſt biennium admitti ſoleat exceptio non numeratae pecuniae. Noli ex aduerſo concludere, ergo vbi datur exceptio, ibi etiam datur iuramenti delatio, quod falſiſſimum. In multis enim caſibus exceptioni locum eſſe, nec tamen iuramento, paucis ignotum eſſe poterit. Poſceis itaque iure tuo vt alias ab his diuerſas rationes reddam. Poſt biennium, quorſum te vertas, ſcripturam recognitam habere probationem, nihil poteris inficiari. Quod ſi eſt, non intelligo, cur alia probatione, ſcilicet iuramenti praeſtatione grauari debeat creditor: ſcripturae enim fides eum ſine dubio releuat. Contra vrges: non ipſe probat ſed excipiens. Sed iuramentum quum deferatur, magis eum cui defertur onerare mihi videtur, quam alterum qui defert; alter quippe qui defert iuramentum, dum ad

 iura-

iuramentum calumniae tacite se obtulerit, probat tantum se non temerarie egisse, & litem iureiurando obtulisse; alter vero cui defertur, hoc ipso sane suam caussam probare debet. Vocatur litis deciforium. Ille itaque cui iuramentum defertur, hoc ipso dum iurat sacramentum, litem suam, caussam probando, decidit. Hic vero quum fundatam iam caussam in agnita scriptura habeat, quo modo alio onere adfici possit, coniicere non vacat. Et hoc in illis locis, vbi *conscientiae defensio per probationes*, die Gewissens-vertretung mit Beweis, obtinet, multo certius adseueratur, eo quod ipse, cui iuramentum defertur, iam ex ipsa scriptura plenam habeat defensionem. Scio quidem a quibusdam dicasteriis aliter obseruari. Merito autem exspecto legum rationes. Inter has vero *Nou. 136. c. 6.* referri aequo animo non patiar, quia, quum de argentariis disponat, huc adcommodari nequeat.

§. XVX.

Accedo ad *Iura Saxonica*. Pleraque in iis sunt commutata, quaedam ambigua sunt. Cuius mutationis haec mihi videtur esse ratio, quod ex chirographo executiuo processu creditores experiantur, qui ab ordinario longe distat. Separanda vero erant *iura* processus Saxonici *antiqua* ab illis quae in *ordinatione rec.* disponuntur. Vtraque iura in eo quidem conueniunt, quod in executiuo processu non aliae exceptiones, quam quae in continenti liquidae reddi possunt, opponi queat, reiectis altioris indaginis exceptionibus in reconuentionem. In adplicatione autem discrimen cernitur. Ante *Ord. rec.* de litterarum obligatione, eius effectibus & exceptione n. n. p. nihil immu-

immutatum inuenio. Qua de re non concedendum puto processum executiuum ante elapsum biennium. Guarentigionatum enim documentum censeri nequit, quod iure ita est inualidum, vt nec formam nec probationem det. Adeoque ordinarium processum eligere debet creditor, non condictione ex litteris, sed ex mutuo instituta. Reo dabitur exceptio n. n. p. caussaque ad probationem deuoluta, quam actor suscipiet, nihil probasse censebitur, nisi praeter scripturam aliis probandii mediis eam perfecerit. Post biennium efficax demum est processus executiuus ex chirographo, nec audiendus est debitor exceptione non numeratae pecuniae, nisi in continenti eam doceat. Nonne vero in reconuentione eam deducere licet? Ita est, postaquam non priuilegiata haec exceptio forum inuasit, atque tunc reconuenienti incumbere probationem, nemo ambigit. Haec omnia vero mutata sunt in *ord. proc. recogn. in adpend. §. 8. verbis* Wie wir denn insonderheit solches mit Aufhebung deßen was sonst in denen Rechten deswegen enthalten, auf die *exceptionem non numeratae pecuniae*, wenn solche nicht gleichfalls auf obige Maaß *in continenti liquid* ist, hiermit erstrecket, und daß solche *in processu executiuo* wieder klare Brief und Siegel in Zukunft weiter gar nicht statt haben, dahingegen aber, wenn dieselbe nachgehends in der *reconuention* ausgeführet würde, wider Beklagten auf die in §. 4. & 7. gesetzte Maaße bestrafet werden solle, anbefohlen haben wollen. Haec dispositio certe omnia quae Iure Rom. de litterarum obligatione constituta sunt, & ante quoque in foro obseruabantur,

 abro

abrogauit, vt nec in ordinario nec executiuo processu vestigium remaneat. Nam si quoque aduocatus, quum chirographo instructus sit, ex inscitia ordinarium processum instituerit, nec chirographum simul induxerit, reo actionem negante, atque exceptionem n. n. p. opponente, actori quidem probatio per sententiam iniungetur, nihil tamen eum prohibet, quo minus, licet intra biennium fiat, documento, hoc scilicet chirographo, debitum probet. Vnde si reus hanc probationem non alio possit elidere modo, nihil certius exspectabit, condemnatione, quod indoli litterarum obligationis non respondet. Multo minus in processu executiuo quidquam adiuuabit, actorem intra biennium ex chirographo agere. Illud enim non modo licet creditori, sed nec reus aliter audiri poterit exceptione non numeratae pecuniae, nisi eam in continenti liquidam reddere possit. Altioris indaginis exceptiones in reconuentionem reiiciuntur. Anceps hic oritur quaestio: an in reconuentione illibata remanserint iura antiqua? Ego vero menti legis, licet verba sileant, conuenientius censeo, etiam in reconuentione nihil de indole litt. oblig. superesse. Siue ergo intra biennium, siue post illud instituatur reconuentio, semper reconueniens debitor probare tenebitur non numeratam pecuniam esse, cuius confessionem chirographum continet. Quod vt euidentius pateat duos casus, qui in reconuentione occurrunt, separabo. Si, conuentione iam instituta, reconuentionem inchoet debitor, nulla alia mihi instituta videtur actio quam *condictio indebiti*, qua illud in quod in conuentione, ob deficientes liquidas exceptiones, vel condemnatus est, vel condemnabitur,

tan-

tanquam indebitum repetat. Quam ob rem indebitum sine dubio probare tenetur, quod fieri nequit, nisi demonstret numerationem factam haud esse. Parum intererit si dicas *condictionem sine caussa* esse institutam, cum etiam tunc, caussam mutui non subesse, eodem modo ostendere obstringaris. Alter casus est, si reconuentio anticipetur, quod per *Ord. rec.* iure suscipitur. Qualis autem tum actio reconuentioni inerit? Non aliam video, quam vel *condictionem caussa data caussa non secuta*, vel *condictionem sine caussa*, vel *prouocationem ex L. diffamari*. In omnibus autem his casibus quoque probare debet numerationem non esse factam, quo demonstretur caussam, ob quam chirographum datum, non esse secutam, possidere eum chirographum sine caussa, veritatem debiti per chirographum non probatam esse. Nihil muto, etiamsi haec reconuentio ante biennium sit instituta, quum enim ante biennium chirographum ad ipsum processum executiuum instituendum sufficiat, quidni in processu ordinario, quo reconuentio ventilatur, ad probationem chirographum pertinebit. Haec omnia nunc omni dubio erepta sunt per *Dec. nouiss. XXIII. de anno 1746.* vbi in omni casu & in reconuentione, neganti numerationem contra documentum guarentigionatum, iniungitur probatio. In quo & hoc notatu dignissimum concurrit, quod si debitor hanc probationem per testes aut iuramenti delationem gerere cupiat, intra quinquennium tantum remedia admittantur, per documenta autem probaturo perpetuo aditus maneat. Illud silentio praeterire haut queo, quod apud plerosque hoc in reconuentionis casu *prouocationem ex L. si*

contendat. adplicatam inuenerim, GRIBNER *in princ. proc. iud. L. II. c. 8. §. 3. not.*, quae prouocatio an vlla ratione secundum *ord. recogn.* obtineat, merito dubito. Remedium hoc prouocatorium moram requirit creditoris, sed haec reconuentio etiam ante venientem diem institui potest. Immo periculum quod per *L. 28. D. de fideiuss.* ex procrastinatione timendum erat, quodque in hac prouocatione est requirendum, omnino cessat. Exceptio enim n. n. p. abrogatis Iuris Rom. principiis, perpetua nunc est, & siue intra, siue post biennium opponatur, ab excipiente probanda venit. Vanus ergo timor inuaderet debitorem. Ac quem quaeso effectum habiturum esset hoc remedium? Dicis vt sententia feratur: Daß Provocantens exceptiones wider Provocatens Ansprüche billig bey Kräfften bleiben. Sed nihil effectum est; quum semper eiusdem conditionis maneat exceptio n. n. p. Quidquid vero reliquorum remediorum tandem dabitur ob non numeratam pecuniam, facillimo ad ea quae de exceptione dicta sunt, componi poterunt, illis enim inhaerere dissertationis cancelli non permiserunt. Quae proposui tuis vsibus adplica.

XIV.

XIV.

MERVM IMPERIVM

IVRISDICTIONEM CRIMINALEM

NON ESSE.

Vana eſt, ſine antiquitatum cognitione, iuris ſcientiae iactatio. Neque vlla pars iurisprudentiae carere his fontibus poteſt. Nec ſtomachantium temeritas eum auocabit, qui, deguſtatione facta, pretium memoriae vetuſtatis iuſtum decreuit, qui, experientia edoctus, intellexit, fere obſcuratas res e tenebris in lucem protrahi, priſtino ſplendori reddi. Sed nonne hoc ipſum obſcuritatis nomen durius tractat ICtos Romanos? Fateor, ſique caligines iuri romano obducantur, in ICtos culpa coniicienda haut eſt. Qui autem fit, vt his vmbris non mediocrem Romanarum legum partem opacatam ſentiamus? Sane, in plerisque, non obſcurum dicendi genus, ſed ignorantia fontium rem obfuſcat. Romanorum temporibus, quum in promtu eſſent verborum ſignificationes, rerum ſtatus, legum ortus, & cauſſae, non caliginoſa haec viſa ſunt; quae omnia temporum longiſſimis interuallis & viciſſitudinibus neglecta, nec propagata, difficiliorem aditum ad intellectionem effecerunt. Quid ergo increpamus celebres hos ICtos? Sunt haec fata antiquorum iurium, quae ſuperari diligentia potuiſſent, ignauia autem implentur. Iure itaque iraſcor illis, qui inclementius in veteres hos, iniuria tantum noſtrorum temporum obſcuros ICtos, inuehuntur. Haut enim mitiora fata priſcae Germaniae leges expertae ſunt; quid, quod acerbiora premant. Neſcio enim an vllum ius in prolixiori ambiguitate verſetur. Quoque grauius inceſſit hominum animos languor, & inertia, in addiſcendis iuribus, eo triſtiores noctes futurorum temporum adpropinquant. En! quam grauem iactu-

ram minentur rei litterariae, omnibusque liberalibus artibus, vmbrae, deliciae, otium, languor & desidia! Virus hoc perniciosissimum, quod nostra tempora infecit! Eoque ardentius in congerendis antiquitatibus adlaborandum est. Atque, vt liberius fatear, etiam illos excusandos duco, qui in rebus, vetustate immutatis, laboriosius versantur. Certe in iuris ciuilis indagatione veniam merentur. Vel enim haec sola vtilitas ipsos defendit, quod, his intellectis, plenius cognoscamus, quid nostris temporibus deseruiat. Quod quam sit necessarium discernere, res ipsa docet. Quam enim crudeliter torquent Iura Romana? Quam monstrose adplicant? Tanta inueterata ignorantia status Romani gignit prodigia. Communes hi fere sunt errores omnibus iuris prudentiae capitibus, grauiores autem, & quasi familiares, cernuntur, in tractatione *iurisdictionis & imperii.* Quod certe argumentum mediocriter, immo peruerse, intelligitur, nisi animus, antiquorum iudiciorum discrimen & indolem, magistratuum potestatem, caussarum partitiones, formularumque aucupationes peruestigando, bene fit praeparatus. Quam rem si commentantes non remissius egissent, verbisque magis, quam eorum potestati, inhaesissent, animi in tantas dissensiones induci haut potuissent. Et, quamuis res saepius recocta tandem explanari soleat, in hac tamen materia haut errabo, si eam copiosis commentationibus omni obscuritate obrutam adferam. Maximum quidem me adire periculum sentio, quum & cum viris mortuis, immortalis autem gloriae, atque cum illis, qui his temporibus rem litterariam ornant, decertandum sit. Sed, quae

quae eruditis familiaris est, humanitas spem ponit, veniam me impetraturum esse. Modeste dissentiam. Qui enim calumniis disputant, propriam sugillant famam. Et, quum in hac re subtilissima errauerim, vel, aliis monentibus, fatebor me aliquid humani passum esse, vel ipse, si alio tempore hoc cognouerim, in gratiam cum dissentientibus redibo. Nec hoc mihi opprobrio duco. In nullo enim peccare diuinitatis potius est, quam mortalitatis. Humane me compellentibus respondebo. Qui autem rusticitate quadam, quod vitium haec tempora alunt, in me impetum conabitur, sciat, me alto supercilio spreturum esse furorem, ne, cum inurbanis altercando, turpitudinem contraham.

Hanc igitur operam mihi sumsi, vt *natiuam imperii & iurisdictionis differentiam*, contra eos, qui, vel sono tantum discrepare statuunt, vel aliam figuratam notionem nominibus superinducunt, demonstrem. Totius in *mero imperio*, pristinae naturae reddendo, versabor. Qua in re, quantum animi contentione potero, euincam: *merum imperium iurisdictionem criminalem haut esse;* ac illorum pariter errorem depromam, qui, dum hac ex parte mihi consentiunt, in eo tamen peccant, quod ad poenas tantum, easdemque acerbiores, merum imperium restringant; vti eos deuiare iuxta docebo, qui mixtum imperium vltra limites propagant. Omnia tamen praesenti dissertatione absoluere tempus non permisit. Qua de re, hoc tantum efficere studebo, vt, iurisdictionis & imperii prorsus distincta indole explanata, intelligatur, *merum imperium nihil ad iuris-*

risdictionem pertinere criminalem, sed omnino separandum esse.

Quo autem distinctus exordiar controuersiam, antea dicam de veris harum partium descriptionibus. *Jurisdictio* mihi est: *publicum officium de caussis cognoscendi, easdemque decidendi.* Abuti enim mihi videntur verbo, *potestas*, qui illud ad iurisdictionem adplicant. *Potestas* scilicet *imperium* exprimit, quod *L. 3. D. de iurisd.* & *L. 215. D. de V. S.* docet. Postremo loco posita lex, licet plures huius verbi intellectiones tradat, hoc tamen certo confirmat, quod *in persona magistratuum, imperium* significet. Nec quidquam me mouet, aliquando latius hoc verbum poni. Consultius duco veras verborum significationes adulterinis anteponere. Nuntium autem illis mitto, qui ex *L. 26. D. de pignor. & hypoth.* laxiorem *potestatis* sensum depromere contendunt. Casus ipse: dum praetor pignus reddi iussit, nondum soluto debito, satis demonstrat, nullam eum habuisse cognitionem, nulla sententia condemnasse possessorem. Qui enim hoc fieri potuisset, quum nondum debiti vinculum relaxatum fuerit? Iniurius esset in Praetorem haec cogitans. Mero autem potuit imperio, caussae aequitate suadente. Non pluris aestimo locum CICERONIS *L. 3. de legib.* quem magistratum quidem verbo: *potestas*, exprimere facile largior; sed magistratum, vi imperii, non iurisdictionis, agentem. Officium vero plenius rem explanare arbitror. Deinde intelliges ex ea, quam tradidi, definitione, duas principales partes iurisdictionis esse, alteram *cognitionem*, alteram *decisionem per sententiam.* Is enim est ordo iudiciorum, vt, prae-

parato

parato per litis conteſtationem iudicio, *L. vn. C. de lit. cont.* cauſſa plene cognoſcatur, & tandem per ſententiam iudicis ad finem perducatur. Quibus peractis, iudicis & iurisdictionis partes abſoluuntur. Eoque circa ponderoſe VLPIANVS *L. 55. D. de re iud.* ſcribit: *Iudex, poſtea quam ſemel ſententiam dixit, poſtea iudex eſſe deſinit, & hoc iure vtimur: vt iudex, qui ſemel vel pluris vel minoris condemnauit, amplius corrigere ſententiam ſuam non poſſit. Semel enim male ſeu bene officio ſuo functus eſt.* Conſpirat CELSVS *L. 14. D. eod. Quod iuſſit vetuitque Praetor contrario imperio tollere & repetere licet: de ſententia contra.* Idemqne dicit PAVLVS *L. 42. D. eod.* reſpondens: *reſcindere ſententiam ſuam praecedentem Praetorem non poſſe. L.* quidem *33. D. eod.* videtur his legibus obſtare, quum in illa adſeratur: etiam ſententiam latam infirmari poſſe, ſi falſis probationibus iudicem circumſcriptum eſſe adpareat. Sed, re curatius penſitata, nihil obeſt auctoritati reliquarum legum. Nec enim officio ſuo defunctus eſt Praetor, dum huiusmodi ſententiam dixit, potius, quum malitia probantium obnubilauerit intellectum, nihil dixiſſe intelligitur; dolus nempe conſenſum excludit, ideoque ex integro cauſſa agenda erat. Quam ob rem, recte omiſi exequendi facultatem, quae ad explendam jurisdictionem pertinet. Haec enim tota, non iurisdictionis, ſed mixti eſt imperii, a priori maxime diſtincti; quod controuerſiae caput alio loco adtingam. Non autem aequo animo mihi CVIACII definitio *in parat. ad tit. D. de iurisd* ferenda videtur. Iurisdictionem dicit: *notionem iure magiſtratus competentem,* quam feruido ſtudio defendit HVBERVS

in

in Prael. ad Pand. ad Tit. de iurisd. §. 2. Notionis quidem genus a vero non distat; sed, quum iure magistratus competere hanc notionem dicat, iurisdictionis indole non consentit. HVBERVS CVIACIVM iudicem pedaneum a magistratu hoc modo distinguere sibi persuadet. Discerni hoc modo non inficias eo. Ipsa tamen definitio hac commentatione non aequabilior redditur. Nec CVIACIVS, nec grauis hic defensor HVBERVS negant, aut negare possunt, iurisdictionem in *propriam* & *alienam* diuidi. Et huic *mandatam* inesse, nullus dubitat. Atque ipse HVBERVS quoque *all. l.* §. 7. *propriam* ita tradit: quam quis suo iure, non alterius personae, cuius non est summa potestas, beneficio habet. *L. 5. D. de iurisd. Alienam* vero dicit: quae vel mandata est a magistratu, vel prorogata a litigantibus. Alienam itaque esse iurisdictionem, ex ipsorum sententia constat. Quaeso dicas, demonstres, an haec, quae aliena dicitur, magistratus iure competat? Video haerere aquam. Nec reddi potest. Didici ex legibus, eum, qui mandatam habet iurisdictionem, nihil proprii habere, sed eius, qui mandauit, iurisdictione fungi. Ex quo manifeste elucet, non iure magistratus competere mandatam iurisdictionem posse. Et quis est tam iurium expers, vt huic, cui mandata est iurisdictio, denuo mandandi potestatem vindicet? Quae vero magistratus iure competunt, mandari posse sistit *L. 1. D. de off. ei. cui mand. iurisd.* Iure itaque meo hanc CVIACII definitionem defero. Copiosius non versabor in GER. NOODTII definitione, quam tradit in *Tr. de iurisd. & imper. Lib. 1. c. 1.* exstat autem in eius *Oper. Tom. I. Edit.* IOAN.

BAR-

BARBEYRACII *p. 93.)* quod sit: *notio quae magistratui competit, cum decernendi ac exequendi potestate.* Quae definitio ex antecedente explicatione sua sponte corruit, quum euidenter satis credam ex legibus euictum, *iurisdictionem, post datam sententiam in hac caussa, finem adeptum esse.* Si quis definitionem meam iurisdictionis etiam iudici pedaneo conuenire crediderit, iniustitiae eum accusabo. Quis enim, antiquitatibus penetratis, non intelligit, iudicem pedaneum non veram cognitionem, multo minus ius dicendi potestatem habuisse? Quem fugit, iudicem pedaneum de facto tantum, non de iure, cognouisse, nec hoc quidem aliter, quam praescripta a Praetore formula? Et in iudicando quoque strictim ad Praetoris formulam adligatum fuisse, pauci ignorant. In his autem omnibus pedaneorum iudicum officiis, magis obtemperationem iussui Praetoris, quam iurisdictionem deprehendes. Equidem non diutius in commemorandis iurisdictionis partibus haerebo; hoc enim tantum nomine de ea disserui, vt eo distinctius imperia a iurisdictione separentur. Eoque minus cum GER. NOODTIO *in Tr. de iurisd. & imper. L. 1. c. 5.* conueniam, qui decreto & iudicis datione absolui mixti imperii partes contendit. Decretum, quoad caussa plene cognita datur, ad iurisdictionem pertinet, vt supra dedi. Iudicis vero datio, pro illa significatione quam mixto imperio tribuit, ad eius partes referri nequit. De quo alio & loco & tempore.

Hoc tamen intacto pede transgredi haut possum, quod a plerisque ius dicentis officium, cum iurisdictione perperam confusum intellexerim; & quum

quum ex hoc fonte varii errorum riuuli exfurgant, operae pretium duco, paucis exponere quid sentiam. Vbicumque enim legendis commentationibus incubui, inueni *L. 1. D. de iurisd.* iurisdictioni, iusto licentius, adcommodari, in quo cardo totius huius controuersiae versatur. Non me fugit, ius dicentis officium, ex vulgari significatione verborum, magnam cum iurisdictione habere familiaritatem. Disciplinae autem propriae significationes, ICtis consuetae, tanto minus negligendae sunt, quando cultius illi singulis vocabulis propriam vim dederunt. Quum itaque antea exposuerim, quibus limitibus iurisdictio, natiuae indolis, circumscribatur, perspicue patebit, quantum ius dicentis officium a iurisdictionis exercitio distet. Ius dicentis officium latissime patere dicitur in *alleg. lege*, quod sane de iurisdictione adserere non decet. Et si quis politiori lance actus, ius dicentis officio adnumeratos, pensitabit, aequo animo hanc mixturam non feret. Quamuis enim his actibus, in *all. L. 1.* recensitis, ius dicentis officium absolui, non cupiam aliis persuadere, quod ipse non credo; exemplorum tamen composita ratio, vberrimam legis intellectionem sternit. Cognoscendi ac decernendi potestatem nihil tangit. His tamen partibus iurisdictionem & dictionem iuris completam esse, nullus ignorat. Ecquid ergo caussae fuit, quod VLPIANVS, regulas cognoscendi efformaturus, harum partium oblitus, alias ius dicentis dederit? Sapienti certe consilio VLPIANVS in re informanda versatur. Recte non addidit iurisdictionis partes, his enim non latissime patet ius dicentis officium, sed arctis limitibus continetur; sed quum illustran-

di

di officii, latissime extensi, caussa adiicit: *quod bonorum possessionem dare, in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, ac iudices litigantibus dare possit*, plenius officium exhibet, a mera iurisdictione maxime separatum. Exercet nempe *ius dicens* actus quoque, qui magis imperii quam iurisdictionis sunt. *L. 4. D. de iurisd.* Hos actus meri magis esse imperii, (licet mixti quandoque id circa dicantur, quod ille tantum, qui iurisdictionem habet, eos expedire possit, nec extra territorum iurisdictionis exercere debeat,) alia occasione enodabo. Praeter vero ea, hoc ius dicentis officium tam diffusum est, vt & ea, quae nec imperii nec iurisdictionis sunt, cohaereant, quorsum spectat tutoris datio, officio ius dicentis accensita; de qua idem VLPIANVS *in L. 6. §. 2. D. de tutelis.* dicit: *Tutoris datio neque imperii est, neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit Lex vel Senatus Consultum, vel Princeps.*

Ad imperii significationem & partitionem pergo. Miror discrimen *imperii* & *iurisdictionis* a NOODTIO fere inter crepundia referri, dum in *Tr. de iurisd. & imp. L. I. c. 2.* sono tantum differre contendit. Pessundare mihi videtur multarum legum auctoritatem; in quibus magistratus, cum & sine imperio, omni cautione seiunguntur. Nec credo luculentius rem demonstrari, quam per collationem *L. 2. D. de in ius vocand.* & *L. 32. D. de iniur. & fam. libell.* VLPIANVS nempe, cum in priori lege magistratus, qui *cum imperio* sunt, in ius vocari non posse tradat, in posteriori lege non hoc tantum confirmat, sed minores contra ea magistratus, qui

sine imperio sunt, & in ipso magistratu conuenire posse statuit. Dubito an cuiquam persuaderi possit sono haec differre. Neminemque tam credulum opinor, vt imperium iurisdictionem ibi denotare concedat. Magistratus enim minores, qui *sine imperio* dicuntur, iurisdictionem exercuisse, nullus dubitat. Passim hoc magistratuum discrimen in legibus inuenitur, vt non opus sit longa earum serie tempus terere. Sufficit mihi, non latere amplius *iurisdictionis* & *imperii* discrimen. Nec fugere quempiam potest antiquarum formularum discrepans ratio, in *iurisdictione* & *imperio* exercendo, qui & per transennam tantum BRISSONIVM *de vet. rom. formul.* salutauerit. Quod si quis antiquas has formulas magistratuum CONSTANTINI *Constitutione L. 1. C. de form. & impetrat. act. subl.* abrogatas esse obiecerit, in promtu erit conciliatio. Partim enim concedendum minimum erit, antiquis temporibus has obseruatas fuisse. Partim non demonstrari posse arbitror, has formulas magistratuum, in iure dicundo aut imperando, sustulisse imperatorem. *Tituli inscriptio* non tantum docet, actionum formulas, actionumque impetrationes, sine quibus nulla procedebat actio, solum exstirpatas esse, sed ipsa quoque *lex alleg.* veteres aucupationes syllabarum, actionibus instituendis vsitatas, irritas reddit. Reliquas autem formulas nihil commutat. De qua re legi meretur CHARONDAS *in Tr. de iurisd. & imper. §. 8.*

Vt propius ad rem adcedam, imperii definitionem tradam. *Imperium est iussus magistratus, cui omnino parendum est.* Haec descriptio legibus adgnosci-

gnoscitur. IVLIANVS enim *L. 7. D. ne quid in loc. publ. vel itin. fiat*, inquit: *Sicuti, qui, nullo prohibente, in loco publico aedificauerat, cogendus non est demolire, ne ruinis vrbs deformetur: ita, qui aduersus edictum Praetoris aedificauerit, tollere aedificium debet, alioquin inane & lusorium praetoris imperium erit.* CELSVS quoque *L. 14. D. de re iud.* ait: *Quod iussit vetuitue Praetor contrario imperio tollere & repetere licet.* Et MARCIANVS *L. 214. D. d verb. signif.* dicit: *Munus proprie est quod necessarie obimus, lege, more, imperioue eius, qui iubendi habet potestatem.*

Iterum contra NOODTIVM mihi pugnandum est, qui, in *Tract. de iurisd. & imp. L. 1. c. 2. imperium & iurisdictionem* sono tantum differre demonstraturus, a variis legibus auxilium petit. De singulis legibus dicam. Punctum enim tractationis fert *imperii & iurisdictionis* discrimen. Minime autem subuenire potest *L. 215. D. de V. S.* in qua POMPONIVS *potestatis* verbum *magistratuum imperium* significare adserit. Qua vero ratione exinde iurisdictio explicari possit, nondum mihi intellexisse videor. Haec interpretatio funditus exstirparet *L. 3. D. de iurisd.* in qua insigni curatione VLPIANVS imperii significationem a iurisdictione seiungit, atque *merum imperium potestatem dici* posuit. Nihil ergo probatum. Veritatis quoque species, quam *L. 7. §. 14. de pact.* prae se fert, facile adumbratur. Dicit VLPIANVS: *Si paciscar, ne operis noui nunciationem exsequar, quosdam putare, non valere pactionem, quasi in ea re Praetoris imperium versetur.* Verbum *imperium* NOODTIVS iurisdictionem vocat. Qua

 fidu-

fiducia non constat. ICtum, tota demum inspecta lege, iudicare decet. Quo obseruato, longe diuersa patet sententia. Adiicitur enim: LABEO *autem distinguit, vt si ex re familiari operis noui nunciatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat, quae distinctio vera est.* Nunc, quo modo exinde componi possit conclusio, non introspicio. Primo enim in vulgus notum est, & ex *L. 1. §. 2. D. de nou. op. nunc* constat, nunciationes, ex re scilicet familiari, siue priuata, non indigere Praetoris aditione, quum priuata autoritate fieri possit. *L. 5. §. 10. D. eod.* & *L. 20. §. 1. D. quod vi aut clam.* Igitur nullatenus ad imperium spectat. Quodsi vero, ob publicam caussam ab ipso Praetore nuncietur nouum opus, totus in eo sum. *imperio* hoc fieri, *non* ex *iurisdictione.* Demonstres quaeso ordinem iudicii in noui operis nunciatione? Nullus obseruabatur. Quo circa imperio adscribi debet, nisi iurisdictionis formam plane expellere velimus. Et quod potissimum nunciationem, publicam rem adtingentem, spectat, ex ipso *textu legis* adparet *imperio* hanc inesse virtutem. Soluitur enim haec obiectio quorumdam, qui relatum pactum ideo minus valere putabant, quod crederent, quasi in ea re Praetoris imperium versaretur, ita, vt distinguatur inter nunciationem ad rem familiarem, & rem publicam spectantem; de priori confirmatur pactum, nec enim ad Praetoris imperium amplius pertinet, de posteriori irritum dicitur, sane, quia imperium Praetoris subuersatur. Deinde vero, si etiam ipse Praetor, implorante altero, nouum opus nunciari iusserit, iura tamen partium haec sunt. Adeoque, quum in caussis priuatorum pactis omnia debean-

debeantur, exequi imperium Praetor non poterit, quum rursus a partis impetratione, in caussa familiari, hoc pendeat. Quod eius generis imperio minime contradicit. Hinc in *L. 1. §. 10. D. de nou. op. nunc.* idem VLPIANVS dicit: *Inde quaeritur apud* CELSVM *libro duodecimo Digestorum, si post opus nouum nunciatum conueniat tibi cum aduersario, vt opus faceres, an danda sit conuentionis exceptio? Et ait* CELSVS, *dandam, nec esse periculum, ne pactio priuatorum iussui praetoris antepofita videatur.* Quid enim aliud agebat Praetor quam hoc, vt controuersias eorum dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, debebit id ratum habere. Tantum igitur abest, vt concedere possim, VLPIANVM in hac lege verbum: *imperium* pro iurisdictione accipere, vt potius veram propriamque notionem *imperii, iussus scilicet,* strictim exponat. Ac nescio sane quo consilio, ex *L. 1. §. 9. D. de nou. op. nunc.* compositione, NOODTIVS alium exsculpere velit sensum. Lubentissime fateor de iurisdictione praetoria, occasione noui operis nunciationis, ibi sermonem esse. Comparatis vero ipsis verbis, omnia alia profluunt. Iam enim tradidi, in noui operis nunciatione Praetoris auxilium & officium nihil desiderari, si vero imploretur a partibus, vi imperii eum vetare aedificationem vel destructionem, absque iurisdictionis figura. Sed posteaquam nunciatio facta, litigatores se committunt praetoriae iurisdictioni, vti hoc VLPIANVS tradit; hoc enim facto, quum de iustitia nunciantis controuertendum sit, res iudicii ordinem, plenam cognitionem, ac sententiam requirit, adeoque merito ad iurisdictionem praetoriam spectat,

 non

non ad imperii partes. Excipit hanc NOODTII demonstrationem alia, a comparatione *L. 12. ʃ. 1. D. de iudiciis & L. 3. D. de iurisd.* desumta. Priorem autem legem non integram proposuit. Ex re erit. etiam antecedentia adponere, quae subsequentibus lucem adcendunt, & plene probant: inuita lege imperium pro iurisdictione accipi. Verba haec sunt PAVLI: *Judicem dare possunt, quibus hoc lege vel constitutione vel senatusconsulto concessum. Lege, sicut Proconsuli. Is quoque, cui mandata est iurisdictio, iudicem dare potest, vt sunt legati proconsulum, item hi quibus id more concessum est, propter vim imperii, sicut praefectus vrbi, caeterique romae magistratus.* Sunt luce clariora. Dum itaque speciali concessione opus habent, qui iudicem dare volunt, nihil dubii superest, vi iurisdictionis non competere hanc licentiam. Superuacuum nempe foret ea speciali lege, constitutione, aut senatusconsulto concedere, quae iurisdictio iam propria sua virtute tradit. Sequentia ergo exempla eorum, quibus ius dandi iudices concessum, ad illustrandum hoc principium adcommodata sunt. Quae si ita sunt simul in aprico iacet, Legatos Proconsulum, iurisdictione ipsis mandata, non iurisdictionis vi iudices dare, sed ob imperium ipsis concessum; eaque explanatione etiam constat de veritate dicti PAVLI *in L. 12. D. de offic. Proconf. & Leg.* quum legatum, mandata ipsi iurisdictione, iudicis dandi ius habere, adserit. Quae lex, quum itidem ex *libris* PAVLI *ad Edictum* sit, vnde *L. 12. D. de iud.* excerpta est, de legato Proconsulis, quod & tituli inscriptio docet, sine dubio loquitur. Nec magis hanc potestatem ex iurisdictio-

ne

ne mandata defluere serio adseri potest, quam si tutoris dationem, quam indulgeri eidem Proconsulis legato probat *L. 15. D. eod.*, ex iurisdictionis fonte promeare, defendere quis conetur. Tandem in controuersa *L. 12. D. de iudic.* & aliis magistratibus iudices dare conceditur. Num vero iurisdictionis vi? Neutiquam, sed vi imperii, quod more ipsis concessum, vt notantur *lex* adiecit. Aliis itaque, imperii vi destitutis, magistratibus hoc non licere, sponte a contrario sequitur. Inde iure denegatur magistratibus municipalibus, quos, ea quae magis sunt imperii, quam iurisdictionis, facere non potuisse, probat *L. 26. pr. D. ad municipal.* His itaque praestructis, mediocriter, vel nihil plane, NOODTIO consulit comparatio *L. 3. D. de iurisd.* quum VLPIANVS dicit: *iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia.* Nemo sane eo dilabitur, vt credat voluisse VLPIANVM iurisdictionem definire. Quod si quis amplecteretur, infestum VLPIANI honori iudicarem, & tuitorem iniquissimum. Hoc tantum, quum lex ex lege sit interpretanda, definire voluisse arbitror, quod is, qui iurisdictionem habet, laxiori non numquam potestate, imperio nempe, fruatur, si hoc ipsi specialiter concessum, vti in superioribus edocui. Rursus inquit NOODTIVS: CAIVS *L. 2. D. de adopt.* dicit: *generalem adoptionem duobus modis fieri, aut principis auctoritate, aut magistratus imperio.* Hoc autem imperium ad iurisdictionem voluntariam referri, probare studet ex *L. 2. D. de offic. Proc. & Leg.* Sed nihil, opinor, factum esse. Quis enim ignorat, ei tantum adoptare permissum fuisse, cui legis actio competierit? Hanc vi iurisdictionis transferri credis? Annon legis actionem speciali lege

conferri iura docuerunt? Res clara & perſpicua eſt. Iam quaeſo, iurisdictione conceſſa, nonne omnes eius partes, niſi limitibus ſpeciatim circumſcribatur, ſimul conceſſae intelliguntur? Quid ergo opus fuiſſet, vt ſingulatim largiatur populus, vel, in monarchico ſtatu, princeps, quod iam ad iurisdictionis partes pertinebat? Abundanter haec ſuſciperentur, quod tamen iniquum dictu iudico. Quam ob rem ſapienti conſilio dixit CAIVS: *ex magiſtratuum imperio* hoc deſcendere. Parum quoque me mouet, quod in *L. 2. D. de offic. Proc. & Leg.* MARCIANVS adoptionem ad iurisdictionem voluntariam referre videatur. Supra iam tradidi, ius dicentis officium, latius omnino patens, ſaepe, vulgari ſenſu, non diſciplinari, confundi cum iurisdictione; quod non rarum cernitur vitium in MARCIANO, a proprio ſenſu ad vulgarem notionem deflectente, cuius & in hoc textu ſe rerum fecit; quum ſatis adpareat, eum de ius dicentis officio, laxius iurisdictione extenſo, loqui. Sane iurisdictio voluntaria, ſi vocabuli iurisdictionis veram & propriam ſignificationem conſideramus, in adiecto contradicit. Ordinem enim iudicii in hoc iurisdictionis voluntariae exercitio inuenire haut poſſum, ſine quo tamen vmbram iurisdictionis tantum quaerimus. Video quidem NOODTIVM faciliorem ſe ad concordiam praebere, quum parum intereſſe dicat in *Tr. all. L. 1. c. 1. ſiue haec iure magiſtratus, ſiue ex ſpeciali conceſſione proueniant.* Ego autem hac ex parte ipſi non conſentio. Magna enim antiquitatum pars tetra caligine obuoluitur, niſi in hac re, non mediocriter obſcura, diſtincte verſemur. Ac tractatio quoque de mandata iurisdictione ita obnubilatur, vt, vel antinomiis, in quas ſua ſponte,

ſponte, impetu quodam, feruntur ICti, vel incomtis interpretationibus manus porrigantur. Tandem *L. 13. ſ. 4. D. ad SCt. Treb.* NOODTIVS in ſuas partes trahit, quae tamen, & verbis tantum ponderatis, maxime refragatur. Praetorem in Praetorem imperium habere negatur in *h. L.*, ſed, ſi iurisdictioni ſe ſubiiciant, Praetorem in eos ius dicere adſeritur. Ergo, ſi ſe ſubiiciant, imperium habere Praetorem in Praetorem, nullo modo conſequitur. Tantoque inualidior eſt coniectura, quod VLPIANVS *iurisdictionem & imperium*, item *imperium habere & ius dicere* pariter acceperit. Etenim & ius dicentis officium latiſſime patet, *L. 1. D. de iurisd.* & latius omnino patet ipſo imperio, quum, praeter imperium, etiam iurisdictio ad officii partes pertineat. Si autem contra ea quis vrgeat, imperium & iurisdictionem continere, hoc aequo animo haut patiar. Plures ſunt, qui, quum habeant imperium, iurisdictione tamen non gaudent, vel certe non illis in cauſſis, in quibus imperium gerunt & exercent, iurisdictione praediti ſunt. quod deinde quibusdam magiſtratuum exemplis corroborabo. Et non opus eſt prolixa decertatione, quum ipſe VLPIANVS tanta ſolertia in *L. 3. D. de iurisd. imperium a iurisdictione* discernat. Quid, quod in *ead. L.* mixti imperii deſcriptio, qua *idem ICtus* dicit: *ei etiam iurisdictionem ineſſe*, perſpecte ſatis declaret, quod non ex improuiſo, ſed deliberato conſilio, imperium a iurisdictione diſtinxerit. Aut me fallunt principia, quod non credo, aut verum eſt, *id quod alteri ineſt, eidemque admiſcetur, non idem eum altero eſſe.* Sic, ſi mulſo compoſito, vino mel adfuſum dico, credi non poteſt mel vini redolere naturam.

Idcirco non fallaci coniectione ſtatuo: iurisdictionem diuerſam ab imperio habere indolem. Indeque deprauatum ſenſum tradit NOODTIVS, qui eam intellectionem huius legis fingit: mixtum imperium eſſe, quod ciuili iurisdictione cenſeatur: ſiue quod etiam iurisdictio appelletur. Non enim tantum a verbis legum longe declinat interpretatio, ſed nec menti ICti conuenire poteſt, vti ex antecedentibus patet. Non dicit VLPIANVS: mixtum imperium iurisdictioni ineſſe, quae dictio magis interpretationi conueniret, licet & in hoc non leuis ſubeſſet discrepantia. Sed vtitur hac locutione: *quod mixto imperio etiam iurisdictio inſit.* Vox *etiam* ſine dubio tradit, quod & alia inſint imperio, praeter iurisdictionem. Et ita res ſe habet. Video autem reſuſcitari litem cum NOODTIO, qui omnes intendit vires vt demonſtret, familiarem hunc eſſe ICtis ſermonem, vt, quae *ineſſe* dicunt, idem velint eſſe atque illud cui ineſt. Diſpiciam igitur de legibus, quo ICtos ab hoc vitio purgem. Parum me tenent verba *L.* 7. *ſſ.* 10. *D. de pact.* in qua VLPIANVS dicit: *ineſt enim dolo & fraus.* Fraus & dolus non idem ſignificant, quod ex legibus didici, & ipſa haec *L.* 7. me docet. Quum in hac *ſſpho* de interpretatione *Edicti Praetoris* agatur, ratio poſcit, vt ipſum *Edictum* addam, quod exhibet *ſſ.* 7. *eiusd. Leg.* Ait Praetor: *Pacta conuenta, quae neque dolo malo, neque aduerſus Leges, Plebiſcita, Senatus conſulta, Edicta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, ſeruabo.* Quid intelligentius eſt hoc, quod ipſe Praetor *dolum malum a fraude* ſollicite diſtinguat? Igitur, quum in *ſpho* 10. quaeſitum ſit:

fit: an pacta, fraudandi cauffa inita, feruaturus fit Praetor? non poterat non ridiculum LABEONI videri, quod oblitum Praetorem huius pacti crediderint, qui perfpicue monftrat, vel iniquum, fi haec adiecifſet Praetor, vel fuperuacuum fuiffe. Quo vero plenius iudicare poffimus, *fraudem* omnino a *dolo* differre, componam *L. 1. §. 2. D. de dol. mal.* Haec ex VLPIANI *libris* pariter *ad Edictum* eft, & cum LABEONIS quoque meditationem de dolo ibidem commemoret, tanto aequabilius iudicabitur, fi ex ea conciliationem petam. LABEO enim ait: *poffe & fine fimulatione id agi, vt quis circumueniatur, & fine dolo malo aliud agi, aliud fimulari, ficut faciunt, qui per eiusmodi disfimulationem deferuiunt, & tuentur vel fua vel aliena.* Haec fi priori legi adcommodamus, ftrata eft ad redintegrationem via. *Fraudis* nempe fignificatio quamuis circumuentionem & disfimulationem, fiue proprii tantum commodi cauffa, fiue ad nocendum alteri adhibitam, continet. Igitur, fi haec fraus propriae vtilitatis cauffa tantum exerceatur, pacifcendo, merito feparatur a dolo malo, tamquam fpecie fraudis; fin autem ad decipiendum alterum fraude agat, dolus malus fpecialiter vocatur, & inde recte dicitur: fraudem dolo ineffe; nec tamen idem eft, fed differunt tamquam genus & fpecies. Eamdem curatam fciffionem verborum tradunt DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS *L. 2. C. commun. vtr. iud.* fancientes: *Maioribus etiam, per fraudem vel dolum, vel perperam fine iudicio factis diuifionibus, folet fubueniri.* Dum vero NOODTIVS & *ex L. 7. §. 5. D. de pact.* verba eiusdem ICti VLPIANI: *Solemus enim dicere: pacta conuenta ineffe bonae*

bonae fidei iudiciis, in suas trahit partes, dubitaui an serio hoc factum sit. Quod enim pacta conuenta idem sint quod bonae fidei iudicia, adseri & defendi nequit. Sed quum idem esse dicit, *inesse* quam *contineri*, facillime consentio. Largior quoque in *L. 3. D. de iurisd.* eamdem significationem non obtorte adplicari. Exinde vero non fluit: quod in altero continetur, cum eodem, in quo comprehenditur, idem esse. Idem iudicium esto de *L. 72. D. de contrah. emt. & vend.* & *L. 47. D. de leg. 3.* Reliqua ad sententiae auctoritatem stabiliendam adducta ex his facilius, vt opinor, eneruabuntur Tanto ergo difficilius mihi persuadebit NOODTIVS *in all. Tr. L. 1, c. 3.* ab eo demum tempore, quo Edictum perpetuum magistratuum municipalium iurisdictionem constrinxit, distingui cepisse iurisdictionem & imperium, & in his tantum magistratibus distinctionem vsum habere. Hoc autem demonstratum non est. Titubat demonstratio, inde petita, quod *L. 4. D. de iurisd.* sollicite imperium a iurisdictione separans, desumta sit ex *L. 1.* VLPIANI *ad Edictum*, qui de magistratuum municipalium potestate egerit. Equidem hoc ipsum adsertum vacillare intellexi, dum alias leges, passim in Digestis ex VLPIANI *L. 1. ad Edictum* refertas, parum vel nihil magistratus municipales adtingere inuenerim. Et ne nimia fiducia haec scripta credantur, ablego veritatis cupidum ad *L. 1. D. si quis ius dic. non obtemp. L. 2. D. si quis in ius voc. non iuerit. L. 1. D. de fugit. L. 3. D. de pop. act. L. 1. D. de V. S. L. 102. D. de R. I.* Sunt hae omnes ex VLPIANI *lib. 1. ad Edictum*, neque tamen, per transennam eas inspiciens, dissentiet, magistratuum municici-

nicipalium officium has leges non efformare, ſed generalia continere. Quin imo, ne creditu quidem eſt dignum, ex eo demum tempore ortum eſſe imperii & iurisdictionis discrimen, ſi haec verba olim pro ſynonymis habuerint ICti. Quo modo enim, rogito, cognoſci potuerit, quid ad magiſtratuum municipalium officium pertinuerit, niſi ante iam imperii & iurisdictionis diſtinctae fuerint notiones. Vbi enim definiti ſunt omnes actus, & numero recenſiti, vt ſciamus quid agere poſſint, nec ne? Sane ſi omnes actus qui, ſecundum NOODTIVM, ex eo tempore, quo edictum perpetuum magiſtratibus municipalibus iurisdictionem ſine imperio dedit, imperio reſeruati ſunt, ad iurisdictionem olim pertinuerunt, opus fuit omnes actus, quos deinde vocarunt imperii, ad vnguem commemorare, & determinare, vt ſciamus quibus limitibus circumſcripta ſit eorum iurisdictio, in aliis magiſtratibus latius patens. Exſpecto ſane vt edocear, quibus legibus haec curata definitio inſit. Mihi inuenire datum non eſt. Scio *L. 26. D. ad municip.* obiici. Anguſtior autem eſt, quam vt eorum voluntati reſpondere poſſit. Traduntur quatuor imperii actus, a quibus abſtinere debent magiſtratus municipales. An autem neſcis plures eſſe quos expedire nequeant? Vix credo quemquam tanto eſſe errore illaqueatum, vt hoc neget. Iubere caueri Praetoria ſtipulatione: dare bonorum posſeſſionem: gladii poteſtatem exercere: iudicem dare: iubere in carcerem duci: an licuit magiſtratibus municipalibus? Quis hoc ſine pudore adſerit. Quam ob rem, neceſſaria & olim fuit cognitio diuerſorum effectuum imperii & iurisdictionis,

nis, vt, quum magistratum municipalem sine imperio voluerint esse, ex ipsa imperii distincta notione sciuerint, quantum iuris ipsis competierit. Praeter vero ea, & hoc oppido errorem demonstrare videtur, quod omnes magistratus minores sine imperio fuerint. Adplaudit VLPIANVS *L. 42. D. de iniur. & fam. lib.* dicens: *Sed verius est, si is magistratus est, qui sine fraude in ius vocari non potest* (quales sunt qui imperium habent. *L. 2. D. de in ius voc.*) *exspectandum esse, quoad magistratu abeat. Quod si ex minoribus magistratibus erit, id est, qui sine imperio aut potestate sunt magistratus: & in ipso magistratu posse eos conueniri.* Minores magistratus alios, praeter municipales, magno quidem numero esse docet ROSINVS *antiquit. rom. L. VI. c. 2.* Ergo, si hi omnes sine imperio fuerint, quo modo verum dici potest, quod in magistratuum municipalium consideratione tantum imperium & iurisdictio discerni debeat.

Quum itaque huc vsque imperii & iurisdictionis differentiam vindicauerim, transeo ad *imperii diuisionem.* Bipartitum hoc imperium intelligimus ab VLPIANO *L. 3. D. de iurisd.* Alterum *merum* alterum *mixta* est. *Merum imperium* voco, *quod absque omni iurisdictione exercetur; mixtum* autem, *quod aut iurisdictioni inest, aut eidem cohaeret, & ad eam explendam adhibetur.* De vtroque separatim mihi dicendum est, quum vtriusque faciem multis erroribus immutatam conspexerim. Quumque mixtum quoddam difficilius intelligatur, si de mero non constet, ab hoc tractationem exordiar. Ne vero scriptionis cancellos egrediar, in id, hac tractatione,

ne, tantum animi vires intendam, vt, vindicata meri imperii descriptione, euincam: *merum imperium iurisdictionem criminalem non esse.* Alio tempore, adnuente Deo, reliqua huius argumenti capita persequar. Primo itaque tradita a me *meri imperii* notio defendenda est. Ipsa adiectio verbi: *meri* probat, tale intelligi, *quod solum est*, *nullamque aliam rem habet adiectam.* Contradictionem igitur aleret, si huic imperio iurisdictionem admixtam putauerimus. Et aut falsa habetur philosophorum regula: quod oppositorum opposita sit ratio, aut verum est, quum *mixtum imperium* in *L. 3. D. de iurisd.* dicatur: *cui & iurisdictio inest*, consequi, illud *merum* dici, cui *nihil iurisdictionis inest.* Parum abest, vt nullam meri aliam significationem in iure nostro adgnoscam. Vbicumque enim hoc verbum inueni, *purum* quoddam, *nullique immixtum*, indicatur. *L. 82. D. de cond. & demonstr. meram conditionem mixtae* expresse opponit. *L. 31. pr. D. depos. merum ius gentium* ab eo, quod *praeceptis ciuilibus & praetoriis admiscetur*, distinguit, *L. 5. pr. D. de verb. obl. cautiones ex mero*, vel iudicis, vel Praetoris *officio* dimanantes, a *communibus* cautionibus sollicite separat. *L. 98 §. 6. D. de solut. & liberat. merum factum*, *a facto dationi commixto* secernit. Nec mihi, diligentius leges euoluenti, alia vmquam huius verbi significatio obuiam venit FESTVS quoque, grauis verborum interpres, dicit: *merum antiqui dicebant solum, at nunc merum purum appellamus.* Quo ergo haec sunt certiora, eo longius absum ab eorum voluntate, qui *merum* imperium *vehemens* & *maius*, *mixtum* vero *minus vehemens* efferunt; in quam sententiam *Cele-*

brat.

brat. *ICti*, *Illuſtr.* GEORG. CHRIST. GEBAVER in *Libello de iurisdictione ſecundum doctrinam Romanam*, *eiusque doctrinae in Germania vſu Cap.* 1. *§.* 4. *&* 5. atque GERARD. NOODT *in Tract. de iurisd. & imper. cap.* 4. abeunt. Et, niſi me coniecturae fallunt, ex hoc fonte promanant riuuli, quod mero imperio criminalem tantum perſecutionem impertiuerint, atque in eodem criminalis iurisdictionis veſtigia quaeſiuerint. Neſcio tamen an & haec opinio, ſi tam vera eſſet, quam non eſt, defenſionem ſternat. Quidquid enim huius rei ſit, *merum* tamen *mixto vehementius* eſſe mihi perſuaderi non ſinam, quamdiu comperio, aquam meram, mixto vino, vinumque, mixto aduſto, vehementius reddi. Nec patiar inuerſione mihi noceri. Non enim tantum non nocet, prodeſt potius. Inuertens nempe caſum, manus mihi porrigit, ſuas ligat, quum ſentiat non mero, ſed mixto vim ineſſe. Audiamus NOODTIVM & eius argumenta. Parum ipſi reſpondet locus SIDONII APOLL. *lib.* 4. *epiſt.* 1. verb: *Purius*, *fortius*, *meracius amare. Meracum* nullus verborum indagator vehemens dicit, ſed idem hoc in loco eſt ac *magis purum.* Immo ipſa haec locutio, ferreae aetatis ſcriptoris, corrupta mihi videtur, & non pura, quum in aliis plerumque meracum illud ſignificet, cui minus admixtum eſt. Et ſi quoque liberalius fatear, merum aliquando vehementius eſſe mixto; ſcimos tamen merum eſſe adiectiuum, ergo ab eo, cui adiicitur, demum indicatu eſt, an vehemens ſit nec ne; quod tamen de imperio cui adponitur adſeri nequit. Absque omni ſpe vincendi adiecta eſt *L.* 12. *C. de legit. hered.* Dum

enim

enim IVSTINIANVS inquit: *Omne, quod ex quacunque lege liberis praestitum est, hoc merum atque immutilatum eiusmodi filiis & filiabus seruari:* vehemens ius liberis seruatum esse, nemini in mentem venire potuit; & quo modo haec cogitatio defendi possit, sine IVSTINIANI contumelia, non coniicio. Violentas aeque manus iniecisse videtur GER. NOODT. *all. loc.* dum duas leges, obtorto, vt dicunt collo in suas abripuit partes Quorsum enim *L. 2. §. 18. D. de orig. iur?* Dictatores maiores potestatis salute ita exigente, populus constituit. Haec, quum sit maior potestas, an omni ex parte vehementiam comitem habet? Non intelligo. Et in quo consistit haec vehementior potestas? In prouocandi ad populum exstirpata licentia, & capitis animaduersione, maiorem sitam esse potestatem docet POMPONIVS. Praeter autem ea, an nihil imperii datum erat Dictatoribus? Reliqua certe omnia, quae aliis magistratibus competebant, & Dictatori vindicabantur. Et haec omnia, multa meri imperii, an vehementia credis? Cupio haec probata videre, huc vero vsque non intellexi. Quibus perpensis, & auxilium, quod a *L. vn. D. de Praef. praet.* repetit, cladem subire spero. Profecto, si hoc in defensionem *huius viri* introductum viderem, quod ipsa tamen capitis animaduersio maiori potestati tribuatur, circulo circumactam demonstrationem crederem, quum demonstrandum fuerit: capitis animaduersione merum imperium absolui; quod difficile cogitatu, difficilius dictu, difficillimum demonstratu inuenio. Sed laudat desuper locum CICERONIS *Orat. pro Caecina cap. 2.* Ex hoc loco, si quid est quod congrua solu-

tione adparet, hoc tantum dimanat: iudicia diſtrahendarum controuerſiarum leniora eſſe, puniendorum autem delictorum cauſſa reperta iudicia, vehementiſſima haberi. Nec hoc me in fugam mittere poteſt. Liberalius concedo, hanc criminum vindicationem vehementius iudicium conſtituere. Sed quum falſum, & a nullo demonſtratum ſit, hoc ſolo officio, criminibus puniendis deſtinato, merum imperium defungi, in caſſum redit defendendi labor. In hoc quidem me ad credendum proniorem inuenies: Romanos imperioſam hanc iubendi poteſtatem excellentiorem habuiſſe iurisdictione, indeque factum eſſe, vt ſibi hoc omne imperium, quod non explendae iurisdictionis cauſſa neceſſarium ducebatur, ſeruarent. Vehementiſſimum tamen hoc fuiſſe non ſuadet veritas. Merum fuiſſe patet. His, quae ad hunc vsque locum expoſui, praeſtructis, non poteſt non merum imperium a iurisdictione longe alienum haberi. Tantoque longius a vero aberrant, qui, vt a pleriſque circumfertur, hoc merum imperium idem eſſe cum iurisdictione criminali, defendere contendunt. Totus in hac ſententia eſt NOODTIVS *in alleg. Tr. cap. 4.* Dum multas ille & ſpecioſas rationes, magnumque legum numerum, ſuam ſententiam vindicaturus, adfert, praetermittere haec ſilentio non poſſum. Primum locum tenet, *L. 15. ſ. 28. de iniur. Quod ait Praetor*, dicitur, *ſi quis aduerſus ea fecerit, prout quaque re erit, animaduertam: ſic intelligitur; vt plenior eſſet praetoris animaduerſio: id eſt, & quodcunque cum mouerit vel in perſona eius, qui agit iniuriarum actione, vel eius aduerſus quem agitur, vel etiam in re ipſa in quali-* *tate*

tate iniuriae, *audiat eum qui agit*. De imperio mero nec vola nec vestigium exstat. Quo circa lex haec nihil obstabit. Aut enim Praetor cognoscit de iniuriarum actione, & tunc ex iurisdictione, actione instituta, cognitione habita, decidit: sin autem imperat, vt sententia executioni tradatur, merum exercet imperium. Audio tamen dissentientes vrgere: merum imperium esse gladii potestatem ad animaduertendum in facinorosos *L. 3. D. de iurisd.* in priori vero lege cognitionem de delicto comprehendere animaduersionem, ideoque & in *L. 3.* gladii potestatem ad animaduertendum pariter cognitionem, eoque ipso iurisdictionem criminalem continere. Sed diuersa longe habenda sunt: *gladii potestate vti*, imperando nempe ad animaduertendum, & *animaduertere ex iurisdictione competente.* Quid, quod nec ex *h. L.* quauis ratione pateat, an poenam sanciendo animaduertat, an imperando, vt dictam sententiam exequentur. Non maioris ponderis iudico *L. 1. §. 1.* cum iuncta *L. 24. D. de minor.* Ex hac lege probatum cupit: quod animaduersio integram iurisdictionem significet. Quod exinde nullo modo colligi credo. Dum enim edicit Praetor: *quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur*, *vti quaeque res sit animaduertam*, dum perperam sane locutiones confunduntur, *animaduertere aliquid*, & *animaduertere in aliquem*. Haec itaque, quo sunt distinctiora, eo minus NOODTII sententiae exinde pondus adcedere potuit. Et si itaque liberalissime concedo, ibi & caussae cognitionem verbo, *animaduertere* inesse, potestatem tamen ad animaduertendum in facinorosos, pariter & continere caus-

 sae

ſae criminalis cognitionem, non conſequitur. Sed has leges quaſi ex abundanti allegaſſe videtur NOODTIVS. Omne autem punctum ferre *L. 6. C. de offic. Proconſ. & Leg.* ſibi perſuadet. Fateor vix me hunc nodum gordium explicare potuiſſe, niſi intellexerim aſtute verba, conciliationi aptiſſima, omiſiſſe. Ita autem locum producit: *Proconſulem ſolere cuſtodiarum cognitionem mandare legatis: ſcilicet, vt praeauditas cuſtodias ad ſe remittant, vt innocentem ipſi liberent, ſed hoc genus mandati extraordinarium eſſe,* & additur: *nec enim poſſe quem gladii poteſtatem ſibi datam, vel cuius alterius coercitionis, ad alium transferre.* Ex his ergo verbis prono videtur defluere alueo, quod cognitio poteſtatis gladii partem faciat, & ſub mero imperio comprehendatur. Sequentia autem verba, ab ipſo forſitan conſulto neglecta, longe diſtant ab hac verborum interpretatione: adiectum enim eſt: *nec liberandi igitur reos ius, cum accuſari apud eum non poſſint.* Quibus adpoſitis, prorſus diuerſa ſententia defluit. Plus enim quam manifeſtum eſt, iudicium criminale conſtitutum non fuiſſe, adeoque cuſtodiam vi iurisdictionis liberari minime potuiſſe, quum, iudicio non conſtituto, nec condemnatio nec abſolutio pro iurisdictione decerni potuerit, omni iurisdictionis forma deficiente. Potuit tamen Proconſul ex mero imperio, quod quum mandari nequeat, idcirco extraordinarium viſum eſt mandati genus. Scimus enim, publicarum quaeſtionum cognitionem & exercitionem a Proconſulibus mandari non potuiſſe, niſi in lege nominatim ſcriptum eſſet, quod contigit, ſi abeſſe a prouincia acciderit. ROSINVS *antiquit.*

rom.

rom. lib. VII. cap. 44. Nec me in anguſtias rediget, qui dixerit, cognitionem eſſe demandatam, adeo que iudicii criminalis formam obſeruatam cerni. Formam cognitio haut abſoluit, quod pauci ignorant. Et haec quidem cognitio ne indolem quidem verae cognitionis redolet, ſed examen cuſtodiae tantum ſiſtit, ſine iudicii forma. Latius enim patet cognitionis intellectio. Nam & *adſeſſoribus* cognitio tribuitur in *L. 1. D. de offic. adſeſſ.* quos iurisdictione praeditos fuiſſe, nullus adſeret. Iuris enim tantum erant ſtudioſi, nec illis quidem adſeſſoribus componendi, qui in conſilium a magiſtratu, pro tribunali cognoſcente, adhibebantur, *L. 2. ſ. 29. D. de orig. iur.* HEINECC. *antiqu. rom. L. IV. T. 6. ſ. 9.* & ipſe GER. NOODT *all. Tr. lib. 1. c. 11. 12.* Vltima tandem NOODTII probatio, qua, merum imperium iurisdictionem criminalem comprehendere, demonſtrare contendit, petita eſt, ab *officio quaeſitorum*, quibus, dum merum imperium habuerint, iurisdictionem criminum pariter competiiſſe, copioſe enucleat. Quamquam autem in hoc facillime conuenio, a iurisdictione criminali vacuum ipſorum officium non fuiſſe, immixtam tamen eam mero imperio eſſe, ipſa nominatio credere prohibet. Separatim enim haec duo habenda, ne mixtum eueniat, quod merum imperium eſſe debet. Hoc autem paradoxon videri nequit, poſſe eumdem magiſtratum, iuris dicundi in criminibus habere poteſtatem, poſſe & merum imperium habere. Vnde, pro diſcrimine officiorum, duplicem praeſentat perſonam. Alteram, qua, iudicio conſtituto, cognoſcit de criminibus, promeritamque poenam ſtatuit; alteram,

 quae

quae imperat executionem sententiae latae. Tantum igitur abest, vt meri imperii notione demonstratam credam iurisdictionem criminalem, vt potius gladii potestas, pura quidem & per se subsistere possit. Nec vt idem, penes quem illa est, mixtum etiam cum iurisdictione habeat imperium, necesse duco. Immo, iure moribusque antiquis Romanorum raro a magistratu gladii potestas exercebatur, frequentius alii dabatur, sed mera tantum, quae mero scilicet imperio, nulla infusa iurisdictione, continebatur. Cognitio enim de facinoribus, & sententiae conceptio, ac pronunciatio, constitutum iudicium desiderabant; quo peracto iudicio, iudex eiusdem sententiae latae executionem plerumque alii demandabat magistratui, quem vel Lex, vel Senatusconsultum ad agendum vocabat. Hic autem executor, solam gladii potestatem ad animaduertendum in facinorosum, suppliciumque secundum sententiam iudicis sumendum, nanciscebatur. Nec autem vestigium iurisdictionis ipsi relictum erat. Quam ob rem PAPINIANVS adposite tradit in *L. 1. D. de offic. eius cui mand. est iurisd: Quaecunque specialiter lege, vel senatusconsulto vel constitutione principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur: quae vero iure magistratus competunt, mandari possunt. Et ideo videntur errare magistratus, qui, cum publici iudicii habent exercitionem, lege, vel senatusconsulto delegatam, (veluti lege Iulia de adulteriis, & si quae sunt aliae similes) iurisdictionem suam mandant.* Quum enim gladii tantum potestas ipsis data sit, Lege, vel Senatusconsulto, cui nulla iurisdictio cohaereat, supinus sane error intelligebatur, quod

quod illud, quod non habent mandare conentur. Ac ipsam quoque gladii potestatem mandari minime posse firmat *L. 70. D. de R. I.* in qua VLPIANVS dicit: *Neminem posse gladii potestatem sibi datam, vel cuius alterius coercitionis, ad alterum transferre.* Quin immo, si etiam lege forsitan & haec mandandi potestas tradita fuerit, non aliter tamen licuit, quam si abesse coeperit. Raro hoc quidem indulgebatur. Scimus tamen Legem Iuliam de vi hanc facultatem impertiri, vt adparet ex *L. 1. D. all. tit.* Cognosco quidem, *ante laud. legem* plerumque ita interpretari alios, vt meri imperii mandatum tantum prohibitum dicant, statutum vero negent, quod nulla sit iurisdictio in mero imperio. Hinc verba *iurisdictionem suam &c.* de publici iudicii exercitione explanant. Sed haec explicatio menti ICti non conuenit. Inquit enim PAPINIANVS: *quaecunque specialiter Lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur.* Consequens exinde dimanat, quod specialiter concessa ad iurisdictionem non pertineant, nec sub ea contineri debeant. Quae ergo de errore magistratus, mandantis iurisdictionem, quum publici tantum iudicii exercitio concessa sit, deinde adferuntur, quasi exemplo illustrandi gratia proposita sunt. quia, secundum antecedentia nulla iurisdictio gladii potestati concessae inest. Certe, si haec tantum fuisset sententia, demonstrare: quod gladii potestas, siue publici iudicii exercitio mandari haut posset, non dixisset PAPINIANVS *iurisdictionem suam mandant*, sed, *hanc mandant.* Credo itaque exantlatum esse hoc probandi argumentum,

 quod

quod a quaesitoribus ducebatur. Sed ne cuidam singulare videri possit, & nimiae subtilitatis, quod merum imperium, & gladii potestatem a se inuicem distraxerim, duobus exemplis rem illustrabo. *Quaesitorem* ipsum primo loco sisto. Illustres hi erant magistratus creati vt capitalibus rebus praeessent, *L. 2. D. de orig. iur.* quorum arbitrio ac sollicitudini minoris laterculi dignitates, vt praefecturae, omnes tribunatus, & praepositurae castrorum, subiectae erant. *L. 1. & 2. C. de off. quaest.* Hi itaque, vt supra dixi, & iurisdictionem in capitalibus caussis exercebant, & merum pariter imperium, distinctis tamen partibus. Dum ergo capitalium caussarum cognitionem agitat, *Quaesitor*, dum profert sententiam iudicis partibus fungitur, quae cum ipsa sententiae pronunciatione absoluuntur. Non vero ipsi sententiam suam exequuntur, sed imperant tantum subordinatis, atque hoc ipso merum imperium, hoc est imperando absolutum, exercent. Nolim putes, me tantae esse temeritatis, vt contendere ausim potuisse quaesitorem merum imperium, & gladii quidem potestatem, alii demandare. A qua sententia, refragante iure, merito abstinendum est. Sed ipsi, priscis Romanorum temporibus, hoc merum imperium exercebant, imperando, vt de reo supplicium sumeretur. Hinc illae antiquae formulae: *I lictor, deliga ad palum, colliga manus, caput obnube, infelici arbore suspendito,* aliaeque, curate traditae a BRISSONIO *de form. & solemn. popul. rom. verb. lib. V.* Posterioribus temporibus aliis speciali lege hoc concedebatur, quos inter *Triumuiri capitales* erant. ROSINVS *in antiquit. rom. lib. VII. c. 27.*

c. 27. eos Anno V. C. CDLXV. creatos adſerit. PIGHIVS autem in *annal. magiſtr. & prou. ad A. CDLXIV.* eorum originem refert, teſte LIVIO *in hiſtoria & epitoma lib. XI.* Capitales cauſſas quod adtinet, nullam omnino habuerunt iurisdictionem, nihilque praeter merum imperium, id eſt poteſtatem imperandi, vt executio, ex ſententia pronunciata, fiat, ipſis demandatum ſcio. Vberrime hoc docet: VALER. MAX. *lib. V. c. 4. Sanguinis ingenui mulierem Praetor apud tribunal ſuum, capitali crimine damnatam, triumuiro in carcere necandam tradit & L. VIII. c. 4. ſ. 2.* his verbis: *ſed perinde atque confeſſus, & a iudicibus damnatus, & a L. Calpurnio in crucem actus eſt.* Non itaque ipſi Triumuiri de criminibus cognoſcebant, & damnabant, ſed damnatos iubebant poena, a iudicibus quaeſtionis ſtatuta, plecti. Quo circa recte POMPONIVS *in L. 2. ſ. 30. D. de O. I.* dicit: *eos conſtitutos eſſe, vt, cum animaduerti oporteret, interuentu eorum fieret.* Interueniunt enim tantum, criminali iudicio ad finem perducto, vt ipſa poena adficiantur ſontes, & damnati, ibidemque merum imperium, imperando executionem, exercent. Alucinari hac in re video RVPERTVM *in animadu. in enchiridion* POMPONII *de orig. iur. l. 2. c. 9.* dum viciſſitudinem romani magiſtratus, quoad quaeſtiones demonſtraturus, adſerit: iudicia capitalia non ipſum exercuiſſe populum, ſed quaeſtoribus parricidii commiſiſſe, poſtea vero munus hoc translatum eſſe in Triumuiros capitales, ac demum in perpetuarum quaeſtionum Iudices ſiue Praetores. Nec enim demonſtrauit, nec vmquam

 de-

demonstrari potest, iudiciorum capitalium cognitionem in Triumuiros capitales translatam esse. Ac Quaesitores quoque, post haec tempora, quibus Triumuiri capitales creabantur, desiisse pariter defendi nequit. At enim vero, quum numquam eam sententiam alam, quod ipsa executio sententiae ad merum imperium spectet, adeoque carnifici competat, tum eo minus concedam, ipsos Triumuiros poenam, sententia dictitatam, alii iam exploserunt. Iniuria conspurcant VALERIVM, dum verba, ante tradita, ex *L. 8. c 4. §. 2.* in suas partes trahunt. Optime ipsos confutat, VALERIVS *l. V. c. 4. §. 7.* dum dicit: *Sanguinis ingenui mulierem Praetor, apud tribunal suum capitali crimine damnatam, triumuiro in carcere necandam tradidit. Quo receptam, is qui custodiae praeerat, misericordia motus, non protinus strangulauit;* addit: *quae tam admirabilis spectaculi nouitas ab ipso* (scilicet carceris custode) *ad Triumuirum, a triumuiro ad praetorem, a Praetore ad concilium iudicum perlata, remissionem poenae mulieri impetrauit.* Ex quo loco optime opinor, elucescere, non ipsos triumuiros carnificum aut lictorum officio fungi. Aduocant praeter ea SALLVSTIVM *B. Catilin. c. 55.* in auxilium, verb: *indices rerum capitalium laqueo gulam fregisse.* Mutat RVPERTVS *animadu. in Pomp. enchirid. l. 2. c. 16.* cum aliis verbum: *iudices*, in: *vindices.* Malo retinere priorem lectionem. Figuram potius dictionis adgnoscere par est; vt id voluisse SALLVSTIVM credam: Iudices rerum capitalium, condemnando in poenam laquei, laqueo gulam fregisse. Et si vel maxime voca-

vocabulum: *vindices* ſubſtituere placuerit, & hos tamen vindices, iudices rerum capitalium fuiſſe, meliori iure ſtatuo, quam RVPERTVS aliique carnificem intellectum volunt. Numquam enim me inueniſſe memini, carnificem vindicem rerum capitalium vocari, talemque locutionem, ſi de carnifice ſumitur non puram, ſed impropriam reputo. In hoc ergo officio verſantes Triumuiri capitales, nulla omnino iurisdictio criminalis illud comitatur, merum autem imperium quin exerceant nihil dubitari poteſt. Fuerunt tamen certae cauſſae, in quibus his tam iurisdictionem criminum, quam merum imperium competiiſſe, fateor; ſeruorum nempe, aliorumque infimioris conditionis hominum, furum, omniumque bipedum nequiſſimorum, crimina cognouiſſe, refert ASCONIVS *in Cic. de Diuinat.* §. *16.* Factum hoc ad Maeniam columnam, quam Maenium, domum Catoni & Flacco cenſoribus vendentem, vt ibi baſilica exſtruerentur, ſibi ſeruaſſe, idem commemorat. Peſſime autem ex hoc loco quosdam conſequi intellexi, quod merum, triumuiris capitalibus indultum, imperium in his tantum leuis notae homuncionum criminibus occupatum fuerit. Meliora quemuis edocebit locus VALERII MAXIMI *l. V. c. 4.* §. 7. laudatus. Hoc tantum intereſſe diſcriminis arbitror, quod in ſeruorum, aliorumque viliorum capitum, delictis iurisdictionem aeque atque imperium ſibi vindicare, & ad columnam Maeniam exercere potuerint; aliorum vero in criminibus ne veſtigium quidem iurisdictionis inuenitur, meri autem imperii poteſtas ipſis data eſt. Nec

ſacra-

sacramentorum exactio, quae ipsis auctoritate fragmenti *Legis Papiriae, a L. Papirio Tribuno plebis* latae, tribuitur, iurisdictionis notam habet. Exhibet hoc fragmentum, ad obscuritatem vsque mutilatum, FESTVS *voce: sacramentum:* QVICVNQVE PRAETOR POST HOC FACTVS ERIT QVI INTER CIVES IVS DICET TRES VIROS CAPITALES POPVLVM ROGATO IIQVE TRES VIRI — — — QVICVNQVE — — — — FACTI ERVNT SACRAMENTA EX — — — — — IVDICANTOQVE EODEMQVE IVRE SVNTO VTI EX LEGIBVS PLEBEIQVE SCITIS EXIGERE IVDICARE ESSEQVE OPORTET. His tenebrosis verbis lucem daturus IO. SCALIGER, ita locum restituit: *Queicunque. post. haec. Praetor. factus. erit. quei inter. ciueis. ius. dicet. tres. viros capitaleis. populum. rogato. iique tres. viri. capitaleis. queicunque.* (addit: PIGHIVS *in annal. magistrat. &. prou. ad. A. CDLXIV. a populo) post. huc. facti. erunt. exigunto. iudicanto. eodemque. iure. sunto. vtei. ex. legibus. plebeique. sciteis. exigere. iudicare. esseque. oportet.* (adiicit. PIGHIVS: *oportebitque*). Quae vero fuerint haec sacramenta idem tradit FESTVS *all. loco* dicens: sacramentum aes significat, quod poenae nomine penditur, siue eo quis interrogatur, siue contendit; sacramenti enim nomine id aes dici coeptum est, quod & propter aerarii inopiam, & sacrorum multitudinem, consumebatur in rebus diuinis. Quando ergo hoc officio triumuiri capitales fungebantur, prorsus nihil iurisdictionis inerat, nullaque iudicii figura de-

pre-

prehendebatur. Ad imperium, & merum quidem, fpectare tutius adferitur; mixto enim imperio addicare, defectus formae iurisdictionis prohibet. Ea, quae huc vsque de Triumuirorum capitalium qualitate adtuli, fimili ratione fe offerunt in *Praefectis vigilum.* Non vigiles illos nocturnos, in cohortes distributos, neque iis praepofitos Triumuiros, intelligo, fed fuper hos omnes fpectabiles viros, qui *Praefecti vigilum* appellabantur. *L. 3. pr. D. de offic. praef. vigil.* Dubitari quidem poffet, an ad magiftratus referri debeant, quum ipfe POMPONIVS *L. 2. §. 33. D. de O. I.* eos non effe magiftratus adferat. Sed fcite iam CVIACIVS *ad b. l.* tradidit, & aliorum etiam exemplis corroborauit, POMPONIVM hoc voluiffe: quod non magiftratus ftatuti & legitimi fuerint, fed extra ordinem, moremque confuetum, ad tempus, vtilitatis cauffa, fint conftituti; in quo etiam ipfa lex conuenit. Hos magiftratus ad minores ordinarios refert ROSIN. *antiq. rom. l. VI. c. 2.* quem pofteriora tempora refpexiffe arbitror; his enim perpetua reddita officia effe non nego. CVIAC. *all. loc.* Nouum quoque nominis ornamentum, *Praetoris* nempe *plebis* adiecit IVSTINIANVS, eorumque auctoritatem non mediocriter adauxit *Nou. XIII.* Oportebat hos *Praefectos vigilum* per totam noctem vigilare, & calceatos cum hamis & dolabris coerrare, ac curam pariter adhibere, ne negligentia aliqua incendii cafus oriatur; praeterea, vt aquam vnusquisque inquilinus in coenaculo habeat, iubentur admonere *L. 3. §. 3. & 4. D. eod. tit.* Quando, & quibus feuerioribus admonitio-

nitionibus & coercitionibus vti, eademque ex caussa cognoscere potuerint, imo debuerint, *ead. l.* docet. *Cognoscit*, PAVLVS ait: *praefectus vigilum de incendiariis, effractoribus, furibus, raptoribus, receptatoribus.* Haec vera cognitio minime iudicii significationem habet, sed absque iudicii figura fiebat, ita, vt nihil prorsus ad illud pertinuerit. Pergit eo nomine PAVLVS: *nisi, si quae tam atrox tamque famosa persona sit, vt Praefecto vrbi remittatur; & quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium, aut fustibus castigat eos, qui negligentius ignem habuerunt, aut, seuera interlocutione comminatus, fustium castigationem remittit*, & porro §. 2. inquit: *cum vel cella effringitur, vel armarium, vel arca, & custodes plerumque puniuntur.* In his omnibus nihil ad iurisdictionem pertinens agi constat, neque aduersus delinquentis personam, nisi leue sit delictum, propter quod modica castigatione corrigere magis conueniat, quam vera poena adficere. Luculentius hoc adparet ex *rescripto Impp.* SEVERI & ANTONINI *ad praefectum vigilum*, quod exhibet VLPIANVS *L. 4. D. de officio praef. vigil.: Insularios, & eos qui negligenter ignes apud se habuerint, potes fustibus vel flagellis caedi iubere, eos autem qui dolo fecisse incendium conuincuntur, ad praefectum vrbi remittes, fugitiuos conquirere, eosque dominis reddere debes.* Omnia vero ad pleniorem cognitionem congesta sunt in *rescripto* THEODOSII & ARCADII *ad Nephtidium praefectum vrbis L. vn. C. de offic. praef. vigil.* verb: *Praefecti vigilum huius vrbis nihil de capitalibus caussis sua auctoritate statuere debent, sed*

si

si quid huiusmodi euenerit, cu'mini tuae potestatis referre, vt de memoratis caussis celsiore sententia vindicetur. Litem mouet POMPONIVS *in L 15. D. de condict. caus. dat. caus. non secut.* inquiens: *Cum seruus tuus in suspicionem furti* ATTIO *venisset, dedisti eum in quaestionem, sub ea caussa, vt si id repertum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit praefecto vigilum quasi in facinore deprehensum, praefectus vigilum eum summo supplicio affecit, ages cum* ATTIO *dare eum tibi oportere.* Qua in lege concilianda maxime titubant. WESENBEC. *ad tit. D. de offic. praef vigil.* ob vilitatem personae hoc praefectis vigilum concessum esse, opinatur. HAHNIVS autem in *obseruat ad* WESENBEC. *all. lo.* hac ex parte discessionem faciens, adserit: Praefectum vigilum de facto, non de iure sibi hanc potestatem, seruum, in facinore deprehensum, vltimo supplicio adficiendi, adrogasse. Verum, haec coniectura cum principiis Romanorum haut conspirat. Quum enim nullus, nisi specialiter concessum fuerit, hoc genus meri imperii, vltimum nempe supplicium imperandi, exercere potuerit, absimile creditu redditur, de facto hoc aliquem conari potuisse. Quam ob rem WESENBECCII sententiam praefero, quod, licet alios vltimo supplicio plecti, ex meri ipsius imperii limitibus, non licuerit Praefecto vigilum, per L. 3. *§. 1. D. de offic. Praef. vig.* & L. *vn. C. eod.* a seruis tamen, furto deprehensis, omnino summum supplicium sumere potuerit. Plane a verosimili aberrat AZO *ad* L. *pen. D. de cond. caus. dat. caus. non sec.* adferens: hoc crimen non fuisse publicum, licet capi-

capitale fuerit, eamque ob rationem potuisse Praefectum vigilum cognoscere. Partim enim non sequitur Praefectum vigilum, quum cognoscendi habuerit facultatem, etiam vltimum sumendi supplicium potestate gauisum esse. Partim in prioribus legibus manifesto disponitur: in capitalibus caussis cognitionem non Praefecto vigilum, sed Praefecto vrbi competiisse. Liquere iam credo, hanc officii exercitionem a iudicii ordine, in iurisdictione obseruando, longissime abesse. Mihi certe persuaderi non sinam, Romanos tam mirum portentum suis legibus procreare voluisse. Eoque firmius totum hoc potestatis ad merum imperium refero; quod iurisdictionis forma circumscriptum haut esse, supra demonstraui. Equidem hoc probe scio, officio *Praefecti vigilum* hoc etiam adiunctum esse, vt quarumdam caussarum iudex constitutus sit. *Aduersus capsarios enim*, dicit PAVLVS L. *3. ff. 5. D. de offic. praef. vig. qui mercede seruanda in balneis vestimenta suscipiunt, iudex est constitutus, vt, si quid in seruandis vestimentis fraudulenter admiserint, ipse cognoscat.* Hoc autem, tantum abest, vt callide dissimulare vellem, vt potius non inueniri minime optandum censeam. Non vrgebo, quod quidem, vel vnicum, sufficere meae caussae posset, aliud longe iudicis, aliud ius dicentis appellatione intelligi: nam ius dicentis officium latissimum est L. *1. D. de iurisd.* Itaque nihil noui videbitur, esse aliquem iudicem, iurisdictionis potestate carentem, cui non quidem proprii significatus cognitio, sed notio tantum tribuenda est. Eamque solam, non iurisdictionem, mul-

multoque minus ius dicentis officium, Praefecto vigilum competiisse, statuo. Non tamen diffitebor harum vocum, *notionis & cognitionis*, vsurpationem, a proprietate alienam, increbuisse, vt haut raro ipsam cognitionem sub notione expressa comprehendant. Imo & ipsi Praetores aliquando, Edicta proponentes, remissius hanc curam egerunt, id obseruante VLPIANO L. 5. *pr. D. de re iud.* verb. *ait Praetor, cuius de ea re iurisdictio est, melius scripsisset, cuius de ea re notio est; etenim notionis nomen etiam ad eos pertineret, qui iurisdictionem non habent, sed habent de quauis alia caussa notionem.* Et quamuis idem VLPIANVS in L. 99. *D. de V. S.* latiorem verbi *notionis* intellectionem exhibere videatur, vt & cognitionem & iurisdictionem complectatur; illud tamen de officio Consulis, vt inscriptio docet, tantum accipiendum est. In reliquis L. 5. *all.* expositio anteponenda est. Intelleximus ergo, & Praefectum vigilum iudicem esse lege constitutum. Est autem constitutus, vt VLPIANVS *in L. 5. D. de re iud.* loquitur de quadam caussa notionis, ad sollicitudinem Praefecti vigilum non pertinentis; nam huius officii ratio in eo consistit: vt incendiorum casus, & istae praeter ea iniuriae, quibus tenebrae fauent, prohibeantur, iis autem auertendis vigiles nocturni operam dare debent. Nemini vero ignotum esse potest, plures diuersas personas morales, vt loqui mos est, saepe in vno homine inueniri. Quo circa, si noctu vigilat, calceatusque coerrat cum hamis & dolabris, admonet, imperat, minatur, coercet, Praefectum vigilum actu exhibet, cui non iurisdictio, sed imperium, idque merum, competit. Quando vero

 de

de fraude capsariorum iudicat, alio plane officio, iudicis nempe, lege constituti, fungitur. His perpensis, facile est plura adsequi. Minus quippe dubitandum, quin & magistratus, quibus mixtum imperium competit, & inter ceteros in primis eminens Praetor, merum simul habeat, & quandoque exerceat imperium, quod *L. 4. D. de iurisd* plurimis exemplis commonstrat. Dum ergo mixti imperii partes exercet, hoc facit propter suam iurisdictionem, eiusque limitibus adstrictus est *L. 20. D. de iurisd.* & ex iure quod naturaliter iurisdictioni adhaeret, qua data, ea quoque concessa videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest *L. 2. D. eod* Dum autem ex mero imperio agit, non ius dicentis officium explet, sed vt adiutor quasi, manumque auxiliatricem praebens, consideratur. Adeo autem separatim haec spectari debent, vt si quis indignum auctoritati plenissimae Praetoris putaret, tam simplex, purum merumque hoc vocare imperium, talesque actus plenissimae iurisdictioni, quae vtique Praetoris est, vindicare mallet, ipsum protinus Praetorem, temerario quodam impetu, potestate beneficium hoc extraordinarium praestandi spoliaret. Adtentati enim & praeposterationis vitio manifeste laboraret hoc factum, quod ad normam & ordinem iuris dicundi non adcommodatum inuenitur. Non diutius commorabor in euacuandis NOODTII obiectionibus. Iis enim, quae huc vsque tractaui, curatius ponderatis satis me arbitror probatum reddidisse, longius abesse merum imperium a iurisdictione criminali, quam vt commisceri queat. Iam cum *ICto consummatissimo Illustr.* GEORG. CHRISTOPH.

GE-

GEBAVERO, *rei literariae praeclaro ornamento*, in gratiam redeuudum eſt, qui in *Tract. de iurisdictione ſecundum doctrinam roman: eiusdemque, doctrinae in germania vſu c. 1. ʃ. 4.* eamdem NOODTII ſententiam, qua merum imperium iurisdictio criminalis adſeritur, defendens, trigam adhuc legum ſuae voluntati adplicare contendit. *Legi 1. D. de offic. ei. cui mandata eſt iurisd.* ſupra iam ſatisfeci. Reſtat, vt de reliquis diſpiciam. Laudat *cel. ICtus L. 2. C. de veteran.* in qua Imp. CONSTANTINVS ita ſancit: *prouidendum eſt, ne veterani, qui protectoria dignitate cumulati, aut honores varios pro meritis ſuis conſecuti ſunt, incongruis pulſentur iniuriis; quod ſi quis in hoc crimine fuerit deprehenſus, rectores prouinciarum, pro iurisdictione ſua examinantes factum, pro ſua qualitate eos coerceant.* Quamquam autem nemo inficias ibit, qui & per transennam tantum tit. *D. de offic. praeſid. & Cod. de offic. rector. prouinc.* perluſtrauit, rectoribus prouinciarum & iurisdictionem & imperium competiiſſe, immo maius imperium in ea prouincia habuiſſe omnibus poſt principem, docente VLPIANO *L. 4. D. de offic. Praeſid.* Neque tamen *ex all. L. 2. C. de veteran.* hoc euinci poteſt, quod ea, quae ibi rector prouinciae expedire iuſſus eſt, ad merum imperium ſpectent. Ipſa lex potius ad iurisdictionem, maximo quidem iure, refert. Merum enim imperium alias partes habere, in anteriori tractatione diſſerui. Eademque ex ratione Imperatorum LEONIS & ZENONIS *conſtitutio ad Euſebium magiſtr. offic. L. 2. C. de priuil. ſchol.* non demonſtrabit, mero impe-

rio inesse iurisdictionem. Congruam iurisdictionem in criminalibus controuersiis obseruare, iubent quidem Impp., nulla vero meri imperii mentio iniicitur, tantoque minus hoc exinde probatur, quod probandum erat. Plura de hac re in medium proferre, scriptionis cancelli prohibent; in id enim tantum, qua fieri potuit animi contentione, adlaboraui, vt pateat: *meri imperii & iurisdictionis criminalis consociationem, immo transformationem, Romanos ignorare.* Ea vero, quae ad vberiorem meri & mixti imperii explicationem pertinent, alia ad scribendum data occasione, explanabo.

XV.

DISSERTATIO

DE

IVRE EXPELLENDI COLONVM OB SVPERVENIENTEM NECESSITATEM.

§. I.

Pacta seruanda esse ipsa docet iuris naturalis aequitas. Enimuero quum aliquid promittimus, mente nostra id in primis quaerimus, vt alter fidem nostram sequatur; quapropter etiam promissis pactisque omnibus deliberato animo initis standum est, & vt CICERO ait *in or. pro Q. Roscio cap. 6. tanto perfidiosius est magisque nefarium fidem frangere quae vitam continet:* quum enim amor iustitiae a nobis efflagitet, vt id, quod nobis fieri nolumus, nec alteri faciamus; clare sequitur, neminem propter fidem nostram defraudari debere, adeoque pacta a nobis inita seruanda esse. Quae etiam caussa olim Praetores mouisse videtur, vt edicto suo promulgarint: *se ea pacta, quae neque dolo malo, neque aduersus Leges, Plebiscita, Senatus Consulta, Edicta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, seruare velle. L. 7. §. 7. ff. de pactis.* Quamuis autem ICti Romani pacta inter nuda & non nuda discrimen statuerint: iure naturali tamen nulla deprehenditur differentia, dum vtrumque negotium vtriusque paciscentium consensu substantiam capit. Immo quum hodie Iuris germanici principia in hac materia recepta sint, secundum quae ex omni conuentione deliberata ac seria efficax actio & obligatio datur, STRYK. *Vs. Mod. tit. de pactis*, inter pacta quoad modum obligandi nullum superest discrimen, quia ex omni pacto haec obligatio ciuilis oritur, quae proinde omnes distinctiones, quas Romani excogitarunt, excludit: ceterum quum meri tractatus sine intentione se obligandi ineantur, atque

conuentionis seu pacti indolem non habeant, facile patet nec naturali iure neque Germaniae moribus obligandi vim inesse, nullamque actionem promanare.

§. II.

Quae igitur iuris regula: pacta scilicet esse seruanda, quum etiam ratione contractuum locum habeat, merito ad locationem adplicanda est. Hinc orta est *obligatio locatoris*, quae in eo consistit, *vt ad id obstrictus sit, quod expresse inter contrahentes conuentum est. §. penult. I. de locat. cond. L. 21. ff. loc. cond. L. 11. §. 1. ff. de act. emt. vend.* Quod si vero nulla specialis conuentio determinauerit, ad quid locator obligatus esse debeat, vtuntur enim homines in contrahendo non raro generalibus verbis, partes praesumuntur illud voluisse, quod naturaliter contractui lege inest, hinc certissimum sequitur, locatorem obstringi, vt praestet colono re locata frui licere *L. 9. pr L. 15. L. 33. ff. locat. cond.* obligatus est porro ad rem cum instrumentis & accessoriis, sine quibus vsus ex re locata commode percipi nequit, tradendam; *L. 19. §. 2. ff. eod.* adstrictus est denique ad tradendam rem habilem non vitiosam, *L. 15. §. 2. L. 25. §. 2. ff. eod.* atque id circo omnia quoquoque remouere debet, quae percipiendis fructibus rei locatae impedimento sunt. Inde sequitur, quod aedibus locatis vicinoque lumina obscurante, discedendi a contractu potestas conductori detur, nisi locator lumina redintegret. Plura qui vult de obligatione locatoris, adeat inter reliquas dissertationem *de iure colonario Thes. XI.* G. A. STRVVII. In primis autem ex natura huius contractus fluit, locato-

catorem ante tempus finitum conductorem inuitum eo minus expellere posse, DINCLLER *differt. de mod. dissol. cont. locat. cond. rer. §. 31.* quo magis hic nec ante tempus finitum rem locatam sine iusta caussa deserere, *Colleg. Argent. tit. locat. Thes. 15. & 21.* FRANZK. *ad ff. eod. tit. n. 211. seq.* alias totum locarium soluere debet, *L. 24. §. 2. ff. locat. L. 35. §. vlt. eod.*

§. III.

Contra haec locatoris officia quaedam tamen admittuntur exceptiones, ITTIG. *Diss. de expuls. conduct. ant. temp.* LVDOVICI *Diss. de expellend. conduct.* BECHMANN *Diss ad L. 3. Cod. de locat. Cond.* quibus autem omnibus recensendis non immoramur, quum instituti nostri ratio id non patiatur. Inter illos haec primum sibi vindicat locum, quam *L. 3. Cod. de locat. cond.* exhibet; vi cuius locatori ob superuenientem necessitatem conductorem expellendi facultas permissa est. Ita *l. c.* ANTONINVS *a*) ad preces Callimorphoniae *b*) rescripsit, *aede, quam te*

Ii 5

a) Quod hic Legislator fuerit ANTONINVS PIVS patet ex Lege sequenti 4. cum in hac lege Alexander Imperator ad Antonini Pii formam ratione effractorum horreorum se referat, quae omnino tradita videtur in L. 1. eod. tit. haec prima & nostra lex Legislatorem vnum habet, inde nostrum adsertum verificatur.

b) Haec vero Callimorphonia Imperatorem consuluit, prout eiusmodi consultationum, & insecutarum subscriptionum vel adnotationum memoria exstat in *L. 1. ff. de Constit. Princip. L. 1. Cod. de precib. Imperat. offerend.* Immo multa pars Iuris Codicis ex talibus rescriptis conflata est, ex quo sine dubio venit, quod plurima in Codice raro ad adplicationem deduci possint.

te conductam habere di.is. si pensionem domino in solidum soluisti, inuitam te expelli non oportet, NISI PROPRIIS VSIBVS DOMINVS EAM NECESSARIAM ESSE PROBAVERIT, CORRIGERE DOMVM MALVERIT, AVT TV MALE IN RE LOCATA VERSATVS ES. Respexit Imp. ad talem necessitatem quae reuocationem contractus permittit, propria enim commoda alienis praeferre licet, quod quum facimus nemini iniuriam inferimus, quum alteri in pari casu idem liceat. BECHMAN *cit. Dissert. Thes. XV. in fin.* Non igitur est, quod aequitatem naturalem Imp. hac sanctione violasse putemus, quum multi casus exsistere possunt, quos mortales non praeuident, qui a conuentione inita recedendi licentiam praebent. Contrarium fortasse statuendum esset, quia locator, licet ius perfectum habeat, & dominium in ipsa re locata, illo iure tamen non potest iuste vel ad fidem frangendam, & pactum cum conductore initum rumpendum, quo hic vsum alicuius rei sibi ad certum tempus vindicauit, potissimum quum locationem ineundo iuri suo percipiendi vtilitates ex ipsa re locata ad definitum tempus renunciauerit, adeoque illud, quod ab initio liberae voluntatis erat, in necessitatem transeat. Immo nulla ratio adesse videtur cur conductori damnum, quod exinde citra omnem suam culpam

sint. De hoc vero rescripto tanto minus dubitandum est, quod ius vniuersale constituat, quum punctum iuris dubium decidat, cuius generis rescripta iuris generalis vigorem habere docet *L. 12. Cod. de LL.* quam virtutem in regula rescriptis haut tribuimus. *L. 2. Cod. eod.*

culpam patitur, magis imputari debeat quam locatori, cui ius non est cum alterius detrimento se locupletiorem reddere. Sed facile cum HVGONE GROTIO *de Iur. B. & P. L. II. C. 2. 6.* ad haec dubia respondere possumus; in omnibus legibus summam necessitatem exceptam esse; haec enim non habet legem, sed potius lex necessitati subiacet, quam etiam sententiam varii iuris nostri textus confirmant; *L. 5. ff. de offic. Proconf. L. I. Cod. de oper. libert. L. 162. ff. de R. I. L. penult. ff. de LL.* ac praeterea necessitatibus pressus nolle praesumitur. *L. 3. & 4. ff. de R. I.* Vt adeo neque dolus neque culpa subsit, nihilque bona fides labefactetur. Renunciatio vero tanto minus obesse potest, quo certius constat pacta ad non cogitata haut extendi, illudque renunciationibus, quae strictam interpretationem poscunt, maxime conuenit.

§. IV.

Haec de iure expellendi conductorem in genere; transeamus nunc *ad requisita*, quae necessario adesse debent, vbi locator hoc iure vti vult. Quum enim ex improuisa hac necessitate, quam locator adducit, conductori ingens possit oriri damnum, leges prudenter constituerunt, *vt haec necessitas non solum adlegetur, sed etiam rite probetur.* Requiritur itaque, vt ea *ex post facto* superuenerit: si enim iam antea adfuit, iuri suo renunciasse dicendus est, & sibi imputet, qui tempore contractus sibi non prospexit, ea enim, quae de nouo non emergunt, nouo non indigent auxilio. *arg. L. 11. §. 8. ff. de interrog. in iur. faciend.* ACCVRS. *ad hanc legem:*

AN-

ANTON FABER *Cod. lib. 4. tit. 41. def. 51. n. 3.* Hinc ob improuisam necessitatem in aliis quoque casibus alicui succurritur. Ita si aliquid inopinatum emergit, iterum dilatio impertiri solet, licet secundum *orationem D. Marci* amplius quam semel instrumentorum dilatio non dabatur. *L. 7. ff. de fer.* Ita prohibuerunt leges alienationem bonorum immobilium minorennium: ob aes alienum tamen vrgente necessitate rursus permissum est. *L. 12. C. de praed. & al. reb. min.* In honoribus deferendis omnis selectio habenda erat, ne non idonei ad magistratum admitterentur, neue immunitatem habentes grauarentur, si tamen penuria sit eorum, qui magistratum suscipiunt, immunitas ad aliquid infringitur, sicuti Diui Fratres rescripserunt. *L. 11. §. 2. ff. de mun. & hon.* Procurator licet iudicium accipere compellendus sit, in casu tamen necessitatis in eum denegatur actio. *L. 8. §. 3. ff. de proc.* Facile & alia exempla proferre possemus, ex quibus patesceret, necessitatem semper ex post facto superuenientem exceptionem facere; sed sufficiant haec. Possunt autem variae res ad hanc superuenientem necessitatem referri, v. g. vxoris ac liberorum superuenientia, quae iam tacite intelligi videtur, quum locatoris mutatio hic exceptionem a regula praebeat. Rigide autem semper accipienda est superueniens locatoris necessitas, quum ex contractu semel inito conductori iam ius quaesitum sit; vbi enim tempore contractae locationis iam adfuit vel praeuideri potuit, neutiquam contractum soluit. BARBOSA *ad L. 3. Cod. de locat. n. 15.* Pariter locator iuri suo renunciasse censendus est, si post superuenientem necessitatem a conducto-

ductore pensionem recepit. HAHN *de Conduct. expellend. ant. finit. cond. Thes. LXV.*

§. V.

Alterum requisitum in hoc consistit, *vt locator necessitatem superuenientem rite probet;* quum enim talis expulsio non sine detrimento conductoris fieri queat, & sub praetextu superuenientis necessitatis dolus latere possit, omnino huius rei probatio locatori incumbit, cuius caussa Imp. *l. c.* addit: NISI PROPRIIS VSIBVS DOMINVS EAM NECESSARIAM ESSE PROBAVERIT. Ceterum, quod ad ipsam necessitatis probationem adtinet, non negamus eam ex circumstantiis petendam & decidendam esse, quae hoc in casu a Iudice probe ventilandae sunt, & in genere, quaenam vera sit vrgensque necessitas, arbitrio iudicis merito relinquitur. DINCKLER *cit. Diss. §. XXXIII. in fin.*

§. VI.

Tertio quoque requiritur, *vt necessitas locatoris propria sit;* quapropter si tertius rem locatam emit, conductorem expellere nequit, etiamsi re ad proprium vsum indigeat. Obstare quidem videntur *L. 25. §. 1. ff. locat. & L. 9. Cod. eod.* ad quas dissentientes prouocare solent. GERHARD *in Dissert. de reg. iur Germ.* Kauff gehet vor Miehte. Re tamen paullo accuratius perspecta aequitati magis conuenire arbitramur, vt nouus emtor locationi stet; fides enim data est seruanda tam a magistratibus quam ab ipsis contrahentibus, inde licet dictae leges aliud statuere permittant, & ius in re & ad rem deficiat, ex quo conductor agere possit; iniquum tamen omnino videtur, quod venditor plus iuris in emtorem

rem transferre possit, quam quod ipse habet. *L. 54. ff. de R. I.* Ceterum in multis prouinciis aequitatem hanc naturalem praeualere ZOLLIVS *in Dissertat. ad L. 9 Cod. de locat. & Conduct.* Kauff hebt Miehte nicht auf, ostendit. Nos missis iis, quae ad controuersiam pertinent, id tantum euincere studemus, ob superuenientem necessitatem contractum locationis conductionis non solui, nisi ea locatoris propria sit, quod etiam ex lege nostra clare patet. Nemo interim negabit eam quoque ad vxorem & liberos locatoris ob summam, quae inter tales est personas, coniunctionem extendendam esse. Quoad *liberos* tamen merito restringitur ad illos, qui in conuictu patris sunt, quia alias necessitas locatoris propria non adparet. Eadem necessitas adest, si & parentum aut aliorum propinquorum caussa vel alimenta dare, vel habitationem concedere legibus obligetur, ne ipse alias aedes mercede conducere cogatur, quod iniquissimum esset.

§. VII.

His praemissis iam dispiciendum est: *an conductor priuata auctoritate expelli possit?* an vero caussae cognitio requiratur? Prius adfirmant ANTONIVS FABER, *Lib. IV. C. 42. def. 59. in Cod.* & GOTHOFREDVS *ad L. 3. Cod. de locat. cond.* statuentes, quod simpliciter propria auctoritate conductorem expellere liceat. Pro adfirmatiua videntur pugnare *L. 54. ff. 1. L. 56. ff. locat. & L. 34. ff. de damn. infect.* Sed hi textus dicunt tantum ob aliquas caussas expellere licere conductorem, id quod non aliter intelligendum, ac si fiat per iudicem, verbum enim *expellere* non significat propriam vindictam; STRVV. *Diss.*

Diff. cit. Thes. XXXIX. Nemo sibi ipsi ius sine iudice dicere potest, quum hanc ob caussam ordo iudiciorum sit introductus, *L. 16. C. de iud.* alias locator, vti alii priuatam vindictam exercentes, dominium rerum suarum amittit; id quod tam in nostro Germanico quam Romano Iure radicatum inuenitur. *L. penult. & vlt. ff. ad Leg. Iul. de vi priu. L. 7. C. vnde vi.* SCHILTER *Exercit. ad. ff. 11. Thes. 13. & 14.* BOEHMER *Diff. de poen. ius sibi dicent. Cap. 2.* IDEM *Diff. de locat. Cond. Cap. 2. §. 3.*

Priusquam vero ad iudicialem expulsionem progreditur locator, tempestiua denunciatione de migrando praecedere debet, VOET *Comment. ad ff. tit. locat. Cond. n. 18.* excepto casu, nisi aliter conuentum sit, quamquam & tunc tutius adhuc auctoritas iudicis imploretur: *L. 176. ff. de R. I.* enim expresse dicit: *non est singulis concedendum, quod per Magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus;* quam legem ad diuersos adplicandam esse contractus eius tenor abunde docet. Ex sententia huius & plurium adhuc legum itaque sequitur, quod locator conductorem propria auctoritate expellere nequeat; idemque respectu agrorum emphyteuticorum obseruari solet. *L. 11. Cod. de pig. act. & praecipue L. 3. Cod. de pig. & hypoth.* In terris certe Brunsuico-Luneburgicis & Hildesiensibus, quod ad fundos adtinet, domino priuata auctoritate villicum expellere non licet, sed praecedere debet denunciatio de migrando, quam sequitur caussae cognitio & iudicis decretum. *Recess. Salzdahl. §. 19.* Hildesheimische Policeyordnung. *Art. 149.*

§. VIII.

§. VIII.

Fieri tamen poteſt, vt hoc in caſu interdum nulla cognitione iudicis nulloque decreto opus ſit. Hoc contingit, vbi conductor de neceſſitate improuiſa, ob quam locator contractum disſolui vult, conuictus eſt, & ita vltro cedit. Quam ob rem tunc demum iudex adeundus eſt, ſi conductor a locatore monitus, cauſſisque ab eo iuſtis adlatis vltro cedere recuſet: GROENEWEG. *ad L. 3. de locat. conduct. n. 5.* Iudicis enim cognitio ſubſidiaria tantum eſt, in eo caſu, ſi conductor moras nectit & locatori ſe opponit, quod ſaepe fieri ſolet, quum homines proniores ſint ad rem detinendam, quam ad eam amittendam.

§. IX.

Haec de praediis vrbanis, de quibus *L. cit.* clare loquitur: ob ſuperuenientem neceſſitatem locatori facultatem expellendi conductorem permiſſam eſſe. Sed an huius legis ſanctio ad praedia ruſtica quoque adplicanda ſit, nondum inter ſe ICti conueniunt; quorum alii id adfirmant, alii negant. Videndum itaque eſt, quid in tanto interpretum disſenſu hac de cauſſa ſentiendum ſit. Nolumus autem in recenſendis aliorum ſententiis iuſto longiores eſſe, ſed argumenta quibus facultatem expellendi colonum ob ſuperuenientem neceſſitatem locatori non competere contendunt, breuiter enarrare, iisque noſtram ſubiicere ſententiam animus eſt.

§. X.

Obiiciunt autem nonnulli, non licere locatori ob ſuperuenientem neceſſitatem colonum expellere, quia in praediis ruſticis talis inhabitandi neceſſitas occurre-

currere non possit, ac in praediis VRBANIS. SICHARD *ad L. 3. Cod. de locat. cond. n. 6.* MOLIN. *Disp. 489. n. 6.* HAHN AD WESENBEC. STRVV. LAVTERBACH & plures. Sed quum haec superueniens necessitas ex circumstantiis diiudicanda sit, omnino euenire potest, vt quis praedio rustico, quod antea locauerat, ipse indigeat, licet inhabitandi caussa non semper subsit. Ita in multis Germaniae prouinciis nobilibus in casu extremae necessitatis licet, rusticorum suorum praedia sibi coëmere, vt ostendit DE GOEBEL. *de singular. quibusd. praed. rust.* Qua de caussa nulli dubitamus eumdem vel maiorem fauorem in casu superuenientis necessitatis locatoribus fundorum competere. Casus necessitatis determinari nequeunt, hinc eadem necessitas, quae locatorem aedium ad rescindendum contractum mouet, locatorem fundorum quoque mouere potest. Vterque respectu familiae suae re propria indigere potest; quae omnia si rite perpenduntur, clare ostendunt, quam fallax sit SICHARDI argumentatio, quam *loc. cit.* adfert. Interim non negamus hoc in casu quoque requiri, vt locator necessitatem probet, adeo vt nequidem iuramento locatoris standum sit, quia periculosum est iudicem quem admittere in sua caussa, L. 17. *ff. de iud.* idque multo magis, quum conductor fundorum maius damnum sentire possit, vbi ob locatoris euenientem necessitatem expellitur, quam is, qui aedes conduxerat.

§. XI.

Multi ideo ob superuenientem necessitatem colonum fundi expelli non posse statuunt, quod facultas expellendi aedium conductorem ad colonos fundorum

non extendenda ſit, quum deſcendat ex lege poſitiua, & quod priuilegio munita, immo odioſa & reuera contra naturam contractus in ſe conſiderati ſit. ANTON. GOMETZ *reſol. tom. 2. Cap. 3. n. 6. Deciſ. Sabbathin. Cap. 9. Deciſ. 15. vbi praeiud.* Concedimus facultatem expellendi odioſam eſſe & reuera contra naturam contractus, quum contrahentes fidem ſibi inuicem ſeruare & promiſſis ſtare debeant: ſed omnibus iſtis contractibus, in quibus alteri vſum rei noſtrae concedimus, ſemper tacita ineſt conditio, niſi quis ipſe re ſua vtatur. Caſus itaque ſuperuenientis neceſſitatis excepti ſunt, neque neceſſitate iuſtitia violatur, quum ita ſuum cuique tribuendum ſit, ne ab alterius iuſtiori petitione diſtrahatur. *L. 31. ʃ. 1. ff. depoſ.* Hinc etiam quilibet ſibimet ipſi maxime eſt proximus, & diligere tenetur ſuum conciuem non ſupra, ſed iuxta ſe ipſum. Iura quoque praeſumunt, locatorem tempore initi contractus principaliter conductori rei ſuae conceſſione in tantum inſeruire voluiſſe, vt ipſe defenſione ſua naturali per hanc non priuetur. Ratio enim decidendi, quae potiſſimum adtendi meretur, in eo conſiſtit, quod res proprias domini potius quam extranei neceſſitatibus ſeruire par ſit. *L. 17. ff. de LL. arg. L. 6. Cod. de ſeru. & aqu.* LVD. MENCKEN *Controu. 7. locator. fund. ob prop. vſ. neceſſ.* Praeterea verba legis nullatenus oſtendunt in ea ſermonem de priuilegio eſſe, quod prohiberet, ne lex ad fundos extendatur. Caſus nimirum oblatus fuit Imp. eiusque deciſio petebatur: Imperator eum ex iure iam introducto decidit;

dit; neutiquam vero nouum & singulare ius constituit. Omnes enim alias caussas in *dict. L.* Imp. recensuit, ob quas facultas expellendi conductorem locatori antea iam iure permissa fuit. Mentionem facit correctionis aedium necessariae, de qua loquitur *L. 35. ff. locat. cond.* Aut si conductor re male vsus sit, de quo casu ait *§. 1. I. de locat. cond.* Aut si pateat per biennium in solidum non esse solutas pensiones, vid. *L. 54. §. 1. ff. locat cond.* Quia vero de casu necessitatis superuenientis nulla lex specialis exstitit, reliquis hanc addidit, neutiquam tamen singulare ius vel priuilegium continetur, sed pro generali habenda est constitutio, quae ad locationes conductiones in genere adplicanda venit, potissimum quum tota ratio iam in iuris naturae generalibus principiis fundetur.

§. XII.

Tota huius litis decisio ab interpretatione *L. 3. C. de loc. cond.* pendet. Verum quidem est legem tantum loqui de inquilino: inter inquilinum autem & colonum maxima adest similitudo. Pleraque enim iura quae inquilino competunt, etiam colono leges tribuunt. Conuenientia adest ratione mercedis, quae in pecunia consistit, & ratione praediorum vrbanorum pensio, ratione rusticorum merces dicitur. *L. 27. §. 1. ff. de hered. pet.* Obligationes coloni & inquilini parum vel nihil discrepant. Immo nonnumquam inquilinus & colonus pro vno eodemque

ſumuntur; vt adparet ex *L. 112. pr. ff. de leg. I.* vbi MARTIANVS id legatum inutile declarat, ſi quis inquilinos ſine praediis, quibus adhaerent, legauerit, quod alii iuris noſtri textus quoque confirmant. *L. 6. C. de agricul. cenſit. & colon.* Sed & ipſa neceſſitas, & iuris naturae principium: quod ordinata caritas incipiat a ſemetipſo, etiam in praediis aliis, praeter aedes, ſaepe obuenire poſſunt. Quod ex his exemplis demonſtrabimus: locator, qui duo praedia habet, alterum locat ad certum tempus; aes alienum non doloſe contraxit, ſed ob infortunia ſoluere nequit; immittuntur creditores in hoc praedium, quod ipſe poſſidet & colit. Indiget ergo altero praedio, quod locauit, & omnino propriis vſibus neceſſarium eſt. Porro, duorum agrorum dominus eſt, & quia nec vxorem nec familiam habet, prouentus vnius agri ipſi ad viuendum ſufficiunt, alterum itaque locat. Poſtea vxori nubit, familia creſcit, vnius agri reditus non ſatis ſunt ad alimenta omnium. Adeſt certe eadem neceſſitas, nec videmus differentiam. Praeterea in re dubia benigniorem ſequi interpretationem non minus iuſtum eſt quam tutum. *L. 3. ff. de his qu. in teſtam. del.* His igitur argumentis moti ad hanc ſententiam defendendam non fore neceſſarium arbitramur, vt aliis vtamur, quum ſatis conſtat, in fauorem etiam coloni huius legis interpretationem faciendam eſſe. Sed qui plura de hac noſtra ſententia cupit, adeat L. MENCKEN *Controu. 7. locat. fund. ob prop. vſ. neceſſ. conduct. expell. pot.*

&

& BECHMAN. *Diss. ad L. 3. Cod. de locat. conduct. Thes. XXIII.*

§. XIII.

Ad sententiam nostram corroborandam quam maxime quoque iuuat *L. 3. C. de locat. cond.* esse rescriptam ad singularem casum editum. Non igitur verba legis de aedibus solummodo loquuntur, sed ad fundos quoque adplicanda sunt. Imperatori enim in specie quaestio de aedibus, a conductore ob superuenientem necessitatem locatori restituendis, proponebatur, adeoque responsum Imp. ad hunc quoque casum dirigendum erat. Ex hoc autem minime fluit, quod rusticorum praediorum quoque mentio facienda fuisset, si secundum nostram sententiam *dict. L.* ad ea adplicanda esset, quia Imp. ex iure iam introducto, vel ex aequitate naturali casum a femina quadam (§. III. *lit. c.*) oblatum diiudicauit. Quare quum nullibi legem contrariam inueniamus, ex qua intelligi possit, *cit. L.* ad rustica praedia male adplicari, eo magis nostra obtinebit sententia, ob superuenientem necessitatem colonum quoque expelli posse. Quamuis enim contra haec, quae protulimus, opponi posset, rescriptum Imp. ad certam facti speciem esse directum, & ex talibus rescriptis argumentum non semper admitti; obseruanda tamen est iuris regula: vbi eadem ratio, ibi eadem adest legis dispositio, rationis paritatem supra ostendimus, hinc nulli dubitamus, quin etiam interpretatio extensiua locum hic habeat-

beat. Quoties enim lege aliquid vnum vel alterum introductum, cetera, quae ad eamdem vtilitatem tendunt, interpretatione suppleri debent. *L. 13. ff. de LL.* Accedit, quod etiam rescripta punctum iuris dubia decidentia ius generale faciant. *L. 12. ff. eod.* Hac itaque interpretatione extensiua adhibita satis adparet legem, quam illustrauimus, locatori fundorum eamdem in colonum facultatem ac iura permittere, quae in conductorem aedium locatori competunt: neque disparitas rationis, vt supra ostendimus, hic obstat, quam SCHILTERVS *Exercit. XXX. §. 20.* & cum eo STRYKIVS *Vs. Mod. tit. locat. cond. §. 35.* adesse putarunt: immo ipse SCHILTERVS *loc. cit.* ad cuius auctoritatem dissentientes prouocare solent, non diffitetur legem nostram ad praedia rustica quoque adplicari posse, sed hoc tantum vrget, vt necessitas probetur, & caussae cognitio praecedat.

§. XIV.

Huius legis interpretatio non vlterius vero extendenda, scilicet ad emphyteutam tamquam dominum vtilem, quum locatio in tempus longissimum, immo in perpetuum, & emphyteusis inter se quam maxime differant. BECHMAN *cit. diss. Thes. XXIII. in fin. ibique alleg.* In emphyteutam enim dominium vtile, sed non in colonum dominium bonorum locatorum transit, quia hoc genere contractus agitur tantum de translatione vsus, non vero dominii, *L. 39. ff. locat.* licet

cet quoque locatio ad longum tempus sit facta. HAHN. *ad Wesemb. tit. locat. n. 8.* Alias multa consectaria ratione bonorum emphyteuticorum inferrentur, quae naturae emphyteuseos non conueniunt.

§. XV.

Tandem restat, vt paucis inquiramus, quid patria iura de locationibus conductionibus disposuerint. Ignorarunt prisci Germaniae populi diuersas contractuum species, permutatio tantum in vsu erat. Ita TACITVS *de morib. Germ. C. 5. §. 6.* rem enarrat, vbi dicit: *proximi ob vsum commerciorum aurum & argentum in pretio habent, formasque quasdam nostrae pecuniae agnoscunt, atque eligunt: interiores simplicius & antiquius permutatione mercium vtuntur.* Incognita enim erant genti, quae priscam colebat viuendi simplicitatem, rerum dominia, & agri pro numero cultorum ab vniuersis per vices occupabantur, quos mox inter se secundum dignationem partiebantur, aruaque per annos mutabant. IDEM *loc. cit. C. 6.* Ceterum videre licet ex IVLIO CAESARE *de B. G. C. 22.* in Germania antiquissimo tempore ibi fuisse dumeta vastissimae solitudinis, vbi recentiori aeuo viridissima prata exsistunt. Ex his omnibus iam intelligere licet, non cogitasse maiores nostros de rebus suis locandis, multo minus apud eos leges agrarias, & quae ad locationes conductiones adtinent, latas fuisse; quum potius moribus, quam legibus, viuerent. Posterio-

rioribus vero temporibus, & quidem adhuc ante receptionem Iuris Romani locationes & conductiones fuisse receptas, demonstrant HEINEC. *in Synt. ant. Rom. L. 3. C. 23. §. 8. seq.* & LEYSER. *in Iur. Georg. L. 1. C. 1.*

§. XVI.

Progressu temporis vt aliae conueniones, locatio conductio in Germania recepta fuit, ita tamen, vt paene pro iisdem habuerint locaiones rerum, & commodatum, adeo vt in vtroque contractu eodem vocabulo Leihen vsi sint: sic in *Spec. Sueu.* legitur: Leihet ein Mann dem andeeren ein Pferd um Lohn. *C. 246.* Quod vero ea adtinet, quae circa locationes conductiones locum habent, partim mores, partim insequentibus temporibus ea, quae ex Iure Romano deducta sunt, vario vsu obtinuerunt, varia vero per lege prouinciales & locorum statuta addita sunt. In eo autem inter se conueniunt, vt locator ad rem, cuius vsum locauit, praestandam obstringatur, nec conductorem ante determinatum tempus expellere possit. Admittunt tamen exceptiones, ita vt quoque ob superuenientem necessitatem locatori conductorem expellendi licentia permissa sit ENGAV *in Element. iur. German. L. III. tt. XI. Sect. I.* Ex his itaque regulam formamus: licere locatori colonum secundum Iura Germaniae expellere ob superuenientem necessitatem, nisi lex prouincialis vel statutum loci id prohibeat, quod vbi deficit, ad Ius Romanum recurrendum est, quod

quod domino libertatem, vt ostendimus, recedendi a contractu permittit, si vrgente necessitate permatur. Tribuit hanc facultatem in Ducatu Calenbergico & Guelferbytano Recessus Salzthal. de a. 1597. §. 19. vbi verb. sondern sie sind auch solcher Abmeyrunge sonsten vermöge der gemeinen beschriebenen Rechten in diesen Fall, wann nemlich sie die Guths-Herrn die Güther zu ihrer eigener Nothdurft zu gebrauchen vorhabens. rc. berechtiget, & Gandersh. §. 24. his verbis: Wenn jemand, es sey was Standes er wolle, das Guth gegen weitere Leistung der davon zu jederzeit gegangenen schuldigen Pflicht zu seinen selbst eigenen Behuf gebrauchen will: Sed eam iterum restrinxit constitutio D. ANTONII VLRICI de 15. Aug. 1717. quae haec sanxit: Ob wir nun zwar bey denjenigen, was in gedachten Landtags-Abschieden de Anno 1597. und 1601. disponiret, es bewenden lassen; und nicht gemeinet seyn, in den darin angeführten, und auf die gemeine Rechten sich referirende Fälle jemanden der Guhtsherrn zu verwehren, daß er seine Meyergüther selbst annehmen möge: gleichwie doch auch solche gemeine Rechte solches anderer Gestalt, daß in casu necessitatis & propriae indigentiae nicht permittiren, und da einer etwan sonst mehrere Commodität oder Nutzen bey Einziehung solcher Güther finden solte, wieder die intention vorangezogener Landtags-Abschiede, und zu mehreren Nachtheile wegen dadurch verursachenden Abgangs der Unterthanen, und ceßirenden Landfolge solches keines-

Kk 5 weges

weges zu extendiren, also haben wir der Nothdurft ermessen, vorerwehnte disposition der Landtage Abschiede dahin zu declariren, daß keinem Guthsherrn solche Meyergüther in anderen als vorerwehnten Fall, da er deren zu seinen oder der seinigen ohnumgänglichen Nothdurft selbst bedürftig einzuziehen, seinen sonst habenden Adelichen oder anderen Güthern beyzulegen, oder sie dergestalt für sich zu cultiuiren gestattet, sondern ein jeder seine Meyergüther, die er selbst zu gebrauchen nicht necessitiret wird, mit besonderen colonis zu besetzen, und durch dieselbe so wohl die schuldige Landfolge leisten, auch die onera publica abtragen, und was sich bey der Gemeinde nach dem so genandten Nachbar-Rechte gebühret, verrichten zu lassen schuldig seyn solte. Dum igitur Receffus Gandersheimensis per verba: „zu seiner selbst eigenen Behuf„ domino ius tribuit, vt locator etiam citra casum necessitatis colonum expellere potuerit, noua haec constitutio hoc ius ad casum necessitatis restrinxit. STRVBEN de Iur. Vill. C. VIII. §. 18.

§. XVII.

Quae quum ita se habeant, colonis nihil magis suadendum est, quam vt sibi prospiciant. Cuius caussa prudenti colono cautela commendanda est ad excludendum hoc locatoris ius, quae in eo consistit, vt initio contractus cum locatore paciscatur, quod non velit colonum expellere ob superuenientem necessitatem, eoque studeat vt locator

cator dictae L. 3. *C. de locat. cond.* specialiter renunciet, quod vbi obseruatur, merito omnes corruunt exceptiones, quae a locatore ad contractum disrumpendum colono obmoueri possunt; maxime quum, si per pactum fiat renunciatio, eo validior est, nec aeque facile illi contrauenire permissum. MASCARD. *de prob. Vol. 1. Concl. 346. n. 12.*

§. XVIII.

Casu vero vbi locatori non specialiter, sed generaliter omnibus exceptionibus, quae vmquam excogitari potuissent, renunciasset; nihilominus haec renunciatio generalis valida est. Licet enim renunciationem specialem securiorem quam generalem esse a nonnullis ICtis defenditur; quum generalis renunciatio non haberet vigorem nisi praecederet specialis. Attamen in iure hoc nullibi inuenitur; GROENEWEG. *ad* L. 4. *§. 4. ff. si quis caut. in iud.* sed potius Ius Gentium, & diuinum adtendendum, quod in foro sequimur, hoc enim tale est, quod iubet simplicem, & seriam promissionem seruare; multo magis & profecto pacta generalia seruanda sunt. Haec enim regula (quod scilicet pacta generaliter sint seruanda) perpetuae obseruantiae est, donec effectus eius impediatur a ratione praegnantiori. Hinc contra rationem fieret, si pacta seruanda non seruarentur. Haec de iure expellendi colonum ob superuenientem necessitatem nobis dixisse sufficiant.

COROL-

COROLLARIA.

I. Puella, quae ſcienter vxoratum ad ſtuprum admiſit, dotem petere nequit, dolo enim hoc adulterium commiſit, vnde magis punienda eſt, quam vlla dote donanda. *cap.* 1. & 5. *X. de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult.*

II. Vitiatam ſciens, qui ſtuprat, quum ducere eam recuſet, dotare tenetur. *arg.* L. 13. §. 10. *ff. ad Leg. Iul. de adult.*

III. Producens poteſt teſtes a ſe productos, quo ad eorum dicta omnia vel quoad partem, non vero quo ad perſonas ſemel productione adprobatas reprobare. *L.* 17. *C. de teſt.*

XVI.

DISSERTATIO

DE

FACTORVM INDOLE IN TACITIS RENVNCIATIONIBVS.

§. I.

Iura personarum atque rerum, quae hominibus leges tribuunt, consistunt in facultate morali, vi cuius liberum ipsis est, vel iure hoc frui, vel illud remittere. In quo iuris huius ab ipsa lege discrimen cernitur. Quo circa recte in legibus disponitur: *omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renunciare: L. 29. C. de pact. & L. 41. ff. de minor.* Atque hoc principio praecipue innititur renunciatio. *Renunciatio* est *legitima iuris nobis competentis remissio.* Quae vt legitima, adeoque valida dici possit, sequentia requiruntur. *Primo* quidem talis persona renunciare debet, quae liberam rerum suarum habet administrationem. *Secundo* iuri renunciet, quod in ipsius fauorem est constitutum. *Tertio* de consensu renunciantis vere constet.

§. II.

Quamquam fertilissima renunciationis materia, ob quotidianam in humanis negotiis frequentiam, plenius, quam factum est, a me dari debuerat, ne tamen tractatum conscribere velle, & dissertationis limites transilire videar, in praesenti tantum destinaui, facta, ex quibus tacita renunciatio desumitur, certis principiis instruere, ne vel latius vel strictius, quam lex iubet, & aequitas suadet, facta explicentur. Potissimum itaque tractatio mea ad tertium requisitum pertinebit. Sed quia de eo accurate constare non potest, nisi & duo priora requisita respondeant, paucis etiam de istis disseram.

§. III.

§. III.

Primum requisitum in eo consistit: *vt ea persona, quae renunciare vult, liberam rerum suarum habeat administrationem.* Notum autem est alios, vel in paciscendo, ita in renunciando, vel natura impediri, quatenus defectus ratione intellectus aut voluntatis deprehenditur, vel legibus prohiberi. Longius foret, omnes hic recensere casus, atque superuacaneum iudico, quum vbique haec deprehendantur. Vt ergo breuitati consulam, principia tantum dabo. Personae, quibus libera administrandi facultas non competit, vel sub patria potestate exsistunt, vel tutoribus aut curatoribus subsunt. Videamus nunc, quid patri, tutori, curatoriue iuris sit in renunciationibus. *Renunciatio* species est *donationis. L. 21. §. 1. & L. 54. D. de donat. int. vir. & vx. Donare* idem habetur in iure nostro quam *perdere. L. 7. pr. D. de donat.* Facile ex his cognoscitur, quid iuris patri, vel tutori aut curatori in bonorum administratione legibus tribuatur. Pater nempe, bona aduentitia regularia vi patriae potestatis, & vsusfructus iure administrans, ob alimentorum necessitatem, vel manifestam vtilitatem tantummodo bona liberorum alienare vel obligare potest, *L. 8. §. 5. C. de bon. quae lib. & L. 7. C. de iur. dot.* adeo vt si pater contra fecerit, filio, qui non patri heres est, quandocumque vindicare permittatur, nulla obstante praescriptione. *L. 1. C. de bon. mat.* Nouellarum Iure autem tricennalis praescriptio, a tempore, quo suae potestatis liberi facti, computanda, admissa est. *Nou. 22. C. 24.* iunct. *Auth. nisi tricennale. c. allegtit.* Quod si forte castrensia, quasi castren-

castrensia, vel aduentitia irregularia, filii minorennis pater administret, maiorem potestatem habere nequit, quum non iure patriae potestatis, nec vsusfructus bonorum curam agat, sed instar simplicis administratoris haberi debeat. Consequitur ex his patrem de bonis filii non donare, adeoque nec iuri filiorum renunciare posse. conf. *L. 7. C. de iur. dot.* Non opus duco, vt pluribus haec adplicem ad tutores & curatores, quum expresse donationem leges ipsis interdicant. *L. 22. & 46. D. de administ. & peric. tut. L. 7. §. 3. D. pro emt.* Neque, ob deficientem iustam alienandi caussam, decreto magistratus confirmatur actus, qui potius, ac si sine decreto factus sit, pro nullo habetur, nisi maior factus minorennis expresse vel tacite ratihabuerit alienationem. *L. vlt. C. si mai. fact. al. sin. decret. rat. hab.* Haec tamen, de patre tutoribus & curatoribus dicta, limitationem patiuntur: & si forte valde incertum ius circa haec bona fuerit, & lis desuper exorta sit. Tunc enim & pater de bonis aduentitiis regularibus, *L. 8 §. 3. & 5. C. de bon. quae lib.* & tutor vel curator, *L. 54. §. fin. D. de furt.* accedente in immobilibus magistratus decreto, *L. 4. C. de praed. & al. reb. min.* transigere possunt.

§. IV.

Alterum requisitum est: *vt iuri renunciet, quod pro ipso est introductum.* Verissimum enim est, neminem posse renunciare, vbi vel fauor reipublicae vel tertii concurrit. *L 27. & 45. D. de R. I. L. 27. §. 4. D. de pact. L. 3. pr. D. de transact.* Ita vt nec iuramentum aliquid operetur. *cap. 28. X. de iureiur.* Quidquid alii de virtute iuramenti defendant.

 Nega-

Negari enim nequit, quod permulti, inuita plane capitis sententia, vltra limites progrediantur. Ius certe Canonicum tantam iniquitatem non alit, quam interpretum opera in multis casibus produxit; sed expresse addidit INNOCENTIVS III. *all. cap. cum in alterius praeiudicium non redundent.* Quae verba si ad priuatum referuntur, multo magis adplicabuntur, si salus reipublicae in periculum adducatur. Manifesto itaque concluditur: iis tantum iuribus aliquem renunciare posse, quae & quatenus renunciantis fauorem respiciunt.

§. V.

Quaeri hac de caussa potest: an, si haec res vel ius non in solius renunciantis emolumentum tendat, sed cum eo vel reipublicae vel tertii commodum concurrat, renunciatio valeat? Distincte in hac quaestione decidenda versandum est. Quod si enim publica salus simul in considerationem veniat, expeditum credo, renunciationem effectum non sortiri; quum publica salus priuatorum vtilitatibus anteponenda sit. Ne scriptionis cancellos egrediar, vno tantum exemplo caussam corroborabo. Maritus in rebus dotalibus culpam leuem praestare debet, quod quidem in fauorem vxoris spectat, sed publica vtilitas quoque adest: *publice nempe interest dotes mulieribus conseruari, cum dotatas esse foeminas ad sobolem procreandam, replendamque liberis ciuitatem maxime sit necessarium*, per *L. 1. D sol. matr.* Hinc ergo inane habetur dotale pactum: vt maritus dolum tantum praestare debeat. *L. 6. D. de pact. dot.* iunct. *L. 2, D. eod.* Eamdemque rationem effecisse credo, vt nec pactum: ne ob impensas necessarias

agere

ageretur, conferuetur. *L. 5. ff. 2. D. eod.* Sin vero cum renunciantis fauore etiam alterius priuati vtilitas cohaereat, iterum casuum diuersitas considerari debet. Omnis meditatio eo redit, vt circumspiciamus an diuidi vsus iuris queat, nec ne. Priori in casu nullus dubito adserere, *renunciationem, quoad partem renunciantis, subsistere.* Ideo, vsufructu fundi pluribus constituto, scimus diuidi vsumfructum posse, *L. 19. D. de vs. & hab.* ex eoque sequitur: quod vno renunciante eius pars vsufructus per renunciationem cesset. Altero in casu *renunciando nihil agitur*, quod pariter in seruitutibus se offert. Pone, communibus aedibus seruitutem competere, alterum dominorum remittere seruitutem: nihil omnino agitur, quum diuidi haec seruitus nequeat. *L. 34. D. de seru. praed. rust.* Vnicum adhuc casum, copiosis controuersiis vexatum, silentio praeterire non possum, scilicet an renunciatio vnius correorum credendi, forte si remiserit debitori debitum, effectum producat? Valebit certe haec renunciatio ad eum finem, vt ipse renuncians conuenire amplius debitorem non possit, sed reliquos correos credendi nihil impedit, quo minus contra eum, & in solidum quidem agant. *L. 27. pr. D. de pact.*

§. VI.

Tertium requisitum in eo versatur: *vt de consensu renunciantis vere constet.* Princeps renunciationis fundamentum sine dubio in consensu consistit. Huic nihil tam est contrarium, quam dolus, vis, metus, error, & simulatio, *L. 116. D. de R. I. L. 15. D. de iurisd. L. 7. pr. D. de dol. mal. L. 55. D. de contrah. emt.* Itaque & renunciatio his vitiis, ob de-

 fectum-

ficientem consensum, infirmabitur. Consensus autem est vel expressus vel tacitus. Expressus consensus verbis ore prolatis vel scriptis declaratur. Tacitus vero consensus vel ex facto, vel omissione, accedente legis dispositione, desumitur. Hoc consensu innititur tacita renunciatio; de qua potissimum hic dicendi locus est. Est igitur tacita renunciatio, quando quis vel per actum, quem gerit, vel per omissionem iuris, quod exercere debebat & poterat, ius sibi competens remittit. Titubant alii, an tacita iuris renunciatio vmquam existat, ideo quod illa sit donatio. L. *28. §. 2. D. de pact.* L. *23. D. de transf.* MENOCH. *de praesumt.* L. *6. praes. 4. n. 11.* Sed haec aduersantium tela minus feriunt. Non nego aliquando tacitas renunciationes indolem donationis habere, nam & factis fieri posse donationem nemo facile inficias ibit. Male vero hoc ad illas tacitas renunciationes, quae ex omissione defluunt, adplicari, quis non videt? Quam ob rem non copiosius inhaerebo, praesertim quum infiniti textus Iuris Ciuilis atque Canonici tacitas renunciationes corroborent, quos longa serie congesserunt RICHTER *Conf. 5. P. 6. n. 31.* VVLTEI, *Vol. 3. Consf. 21. n. 77.* Hoc certissimum est, tacita eamdem vim habet, quam expressa, *L. 32. D. de legib.* L *14. D. loc.* L. *21. D. de iur. dot.* nisi vt verborum obligatio docet, expressus consensus requiratur.. Immo aliquando tacito maior auctoritas in legibus tribuitur, quam expresso. Id quod eleganti exemplo POMPONIVS confirmat in L. *68. D. de hered. inst.* In *L. 32.* CAIVS dicit: *testamentorum iura ipsa per se firma esse debere, non ex alieno arbitrio pendere.* Adeoque heredis

redis institutio in arbitrium tertii expressis verbis conferri non potest. Tacite autem hoc fieri posse demonstrat POMPONIVS, in *all. l. 68.* si testator dixerit: *Meuius heres esto, si Titius capitolium ascenderit;* ergo tacite in Titii voluntate ponitur, an Meuius heres sit futurus. Addit POMPONIVS rationem: *quia scriptura non est expressa voluntas Titii.*

§. VII.

His delibatis, ad requisita tacitae renunciationis progredior. Ex definitione, quam supra tradidi, adparet duobus fundamentis constare: alterum est factum aut omissio; alterum legis dispositio. Primo itaque *facta* explanabo, ex quibus voluntas tacite elici potest. Extra omnem dubitationem est positum, facta, quibus iura adplicanda veniunt, accurate esse cognoscenda, ac ex his saepe verborum ambiguitas dilucidari debet. Quam ob rem recte MANTICA *de tacit. & ambig. conu. L. 5. tit. 9.* adserit: facta nonnumquam esse potiora verbis. conf. MENOCH. *de remed. poss. remed. 15. n. 124.* CARPZOV. *L. 5. tit. 8. Resp. 76.* Sed quid opus est DD. adplausu, quum in *L. 6. §. 1. D. de contrah. emt. & L. 48. §. 1. D. de Aedil. Edict.* conspicua argumenta prostent. De indole factorum autem dicturus, ab initio commonendum duco: *facta hominum, se circa certum obiectum offerentia, limitibus suis circumscribi.* Atque hanc ob caussam circumspecte est agendum, ne voluntatem facientis vltra limites extendamus. Apposite de actibus externis hominum voluntatem demonstrantibus loquitur GROTIVS *de Iur. bell. & pac. L. 2. c. 4. §. 3.* Neque natura huma-

 nae

nae ſocietatis patitur, vt actibus animi ſufficienter indicatis nulla ſit efficacia; adeo quod ſufficienter indicatum eſt, pro vero habetur aduerſus eum, qui indicauit.

§. VIII.

Facta ergo requiruntur *concludentia*. Horum quaedam ita ſunt comparata, vt, niſi factum ſuperuacaneum habere velimus, in quod leges non conſentiunt, vna tantum voluntas exinde conſpiciatur. Hoc modo tacitus conſenſus indubitatus habebitur, niſi forſan vitium conſenſui obſtans, vt ſupra dixi, impedimentum ſiſtat. Curata tamen animi lance omnes circumſtantiae, & minime quoque, quae ſaepius aliam meditationem poſcunt, ponderandae ſunt. Dum enim facta limites habent, principaliter animaduertere debemus, an factum ſit limitatum nec ne, & qui inſint limites. Cancellos horum factorum, tunc, niſi omnia Philoſophiae principia funditus exſtirpare velimus, egredi in declaranda mente non poſſumus. Quaedam porro facta eius ſunt indolis, vt tam in hanc quam illam voluntatem trahi queant. In quibus maiori cautione eſt opus, ne iniquitatibus conſpurcetur iurisprudentia. Ante vero omnia tunc ad leges recurrendum eſt, an ſuper hoc facto certum quid conſtitutum ſit. Quod ſi deprehendimus, officium ICti efflagitat, vt talem praeſumat voluntatem, qualem leges praeſumunt. Atque ſibi ipſi imputare debet, qui factum committit, quod, ſi alia mente hoc fecerit, animum non dilucide declarauerit. Scire enim debet, quod interpretatio contra eum facienda ſit, in cuius fuit poteſtate legem apertius conſcribere. *L. 39. D. de pact.* BÖHM. *Diſp. ad h. l.*

h. l. Legibus autem ambiguum factum non determinantibus, dubium omnino videtur, in quam sententiam discedere debeat ICtus. Equidem in his casibus quoque adſero factum, quantum fieri poteſt, ita eſſe interpretandum, vt effectum producat. Ne vero liberius nimis hoc fiat, haec principia ICtus ante oculos ponet: ſemper in obſcuris quod minimum ſequimur. *L. 9. & 34. D. de R. I.* Semper in dubiis benigniora praeferenda ſunt. *L. 56. D. eod.* Proniores eſſe debemus ad abſoluendum quam obligandum. *L. 47. D. de oblig. & act.* In obſcuris inſpici ſolet, quod veroſimilius eſt, aut quod plerumque fieri ſolet. *L. 114. D. de R. I.*

§. IX.

Haec de factis dixiſſe ſufficiant. Iam qua ratione *ex omiſſione tacita renunciatio deſumatur*, inquirendum venit. Duplici modo *omittendo* iuri ſuo aliquis renunciat. Primo ſi *negligat exercitium iuris ſibi competentis;* ſecundo *ſola taciturnitate.* Prius quod ſpectat, ſequentia obſeruanda ſunt. 1) *vt iure in ipſius fauorem introducto non fuerit vſus.* Ea vero iura, quae merae facultatis dici ſolent, ſolo temporis lapſu non amittuntur. *arg. L. 2. D. de via publ.* & *L. I. D. famil. herciſc.* Hac occaſione ſilentio praeterire non poſſum, communem errorem, qui circa explicationem rerum merae facultatis fere vbique obuiam venit. Plerique nempe in eam abeunt ſententiam, vt rebus merae facultatis opponant iura ſingularia, ſpecialiter quibusdam competentia. Quod ſi igitur oppoſitorum contraria eſt ratio, vti negari nequit, ſequeretur: ea quae non pertinent ad iuris ſingularis exercitium, merae facultatis ha-

benda esse; hoc autem oppido falsum adparet. Si enim alicui ius hereditarium fuerit delatum, res vero hereditarias alius possideat, neque heres intra triginta annos hereditatis petitione contra possessorem expertus sit, certissime lapsu huius temporis iuri suo hereditario renunciauit; neque tamen vllus mihi persuadebit ad singularia iura hoc pertinuisse. *L. 7. C. de petit. hered. L. 1. §. 1. C. de annal. except.*

§. X.

Quo autem distincte cognoscatur vera rerum merae facultatis indoles, haec notanda sunt. Si *ea alicui iure datur facultas, vt, si quoque actu exercita non sit, alteri nullum nouum ius*, nempe nec actio nec exceptio, enascatur, recte vocatur *mera facultas*, neque eidem vllo tempore praescribitur. *all. L. 2. D. de via publ.* Contra vero si haec facultas, non in actum deducta, alteri nouum ius, vel actionem vel exceptionem det, tempore legibus definito huic iuri praescribitur; adeoque facultatem non exercens tacite renunciasse censetur. Priuilegia praeterea a Principe concessa per non vsum amittuntur, tamersi nullus priuatorum ex hac intermissione ius sibi adquirat. Communi interpretum adplausu, cui constans vere vsus consentit, per negligentiam decem annorum priuilegium interit. CARPZOV. *P. 2. Const. 3. def 23.* ENENCKEL *de Priuil. Lib. 3 C. 15. n. 27.* Sed *L. 1. D. de nundin.* ad quam omnes prouocant, plenum auxilium non praestat; quum a singulari casu, & speciali ratione publicae vtilitatis, regula iuste non deriuetur. Ac praeter ea priuilegia rescriptis plerumque Principis concedi solent, quorum effectus perennis est. *L. 2. C. de diu. rescript.* Denique

que ad tacitam renunciationem per omissionem actuum inferendam. 2) requiritur, *vt iure suo vti potuerit*. Nam in poenam negligentiae introducta est tacita haec renunciatio, & praescriptio; quae adeo si nihil culpae ipsi imputare potest, minime obtinet. *L. 1. §. 2. C. de annal except.*

§. XI.

Taciturnitas vero sola an tacitam renunciationem efficiat, perscrutabor. BONIFACIVS quidem VIII. *in Cap. 44. de R. I. in 6to* disponit: *qui tacet, consentire videtur*. Haec tamen regula maxime titubat, & magis exceptionis quam regulae indolem habet. Aptior, sed vere a priori aliena, est illa, quam idem PONTIFEX *cap. seq.* tradit: *qui tacet non vtique fatetur, sed tamen verum est eum non negare*. In quo conspirat Ius Ciuile. *L. 142. D. de R. I.* Vt adeo firmiori iure concludere liceat: *taciturnitatem neque pro consensu neque dissensu haberi, nisi leges in certis casibus aliud disposuerint*. Quantum ex legibus, quoties tacentes pro consentientibus habent, adparet, duo requisita necessaria sunt. Alterum vt aliquid geratur in eius praeiudicium; alterum vt tacens sciuerit actum sibi perniciosum geri, neque tamen, quum potuerit atque debuerit, impediuerit. *L. 60. D. de R. I. L. 6. §. 2. & 18. D. mand.* Profecto siquis etiam sciuerit hoc agi, & non contradixerit, quum intelligat ius suum illibatum remanere, nullo modo taciturnitas consensum inuoluit. Idcirco ex eo solum, quod creditor praesens ac sciens patiatur rem sibi oppignoratam a debitore vendi, minime consentire ad eum effectum, vt pignoris ius soluatur, videtur, scit enim ius pignoris esse reale,

quod ad quemcumque possessorem transit. L. 8. ff. 15. D. *quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* LYNCKER. *Discept. forens. cent. V. res. 424.* Ita etiam soluens Titio debitum exigenti, licet tacuerit de eo quod ipsi Titius debet, illi debito non renunciauit, potius habet condictionem, quasi indebito soluto, L. 10. *ff. 1. D. de compens.* Ratio est in promtu. Duplici iure enim gaudebat, vt vel Titio exceptionem compensationis opponere potuerit, vel separatim agere; qua de re, exceptionem omittendo iuri agendi nequaquam renunciasse censetur. Aliud exemplum sistit ius retractus ex capite consanguinitatis. Consanguineus licet praesens sit, quum contractus de bonis auitis cum tertio celebratur, & fundus in alium extraneum transfertur, ius retractus ipsi competens, eo quod non contradixit, minime amittit. Hoc enim ius ad anni spatium leges ei impertiuntur, & quum contra tertium quemuis extraneum agendi potestas ipsi detur, non opus erat, vt contradicat venditioni. BERLICH. *Concl. Pract. Part. I. concl. 40.* RICHTER. *Dec. 86. n. 172.* STRYCK. *Tract. de success. ab intest. Diss. 6. Cap. 6. §. 38.* Quam ob rem neque ipsi obest, quamquam testis contractui interfuerit. Quod si quis obiecerit, lapsu tamen anni taciturnitatem iacturam iuris retractus inferre, parum hoc curabo; tunc enim non sola taciturnitas in caussa est. Confirmabunt itaque haec exempla principia a me antea de taciturnitate exposita. Non ignarus quidem sum in foro hanc circumerrare sententiam, vt, qui eis, quae ab aduersario prolata sunt, non contradixerit, tacendo haec adfirmasse intelligatur. Sed haec obseruatio arctis limitibus circumscribenda est.

Pri-

Primo enim ad ea, quae factum tantum, non ius adtingunt, restringenda est: *secundo*, si & generaliter modo contradixerit, sufficit; *tertio* cessat adplicatio, si ex actis contrarium pateat; *quarto* adserta aduersarii, quae ad praesentem litem non pertinent, nihil nocent; aliena enim a scopo prudens merito praeterit caussarum patronus. Tandem, quae in vltima positione, quum alter iam concluserit ad sententiam adferuntur, merito sententiam ferens negligit.

§. XII.

Transeo ad vltimum requisitum tacitae renunciationis: *vt legis dispositio, ex facto renunciationem praesumens, accedat.* Caussa enim remota omnis obligationis est lex, tantoque minus dubitabitur, praesumtionis ex factis oriundas originem a legibus ducere. Id quod ex exemplis hucusque expositis abunde dilucidari credo. Sed quum factorum maximae sint varietates, quae, si & leues fuerint, plane diuersam discussionem postulant, fieri non potest, vt leges vndiquaque sufficiant. Hinc iudici quoque relinquitur ex variis circumstantiis factorum diiudicare voluntatem, & praesumtionem inducere, quae ideo praesumtio hominis dici solet. Facit huc *L. 1. f. D. de iure delib. & L. 26. D. de prob.* Quum tamen hae probabilitates lege non sint definitae, plerumque euenit, vt solae pro plena probatione ad condemnandum vel absoluendum non habeantur, sed vel suppletorio vel purgatorio adhuc opus sit.

§. XIII.

Hucusque generalia principia, in quibus totum fundamentum tacitae renunciationis versatur, quoad per ingenii imbecillitatem licuit, enucleaui. Ordo me

me eo vocat, vt ea nunc in adplicationem deducam, & casibus ex diuersis iurium partibus petitis corroborem. Primo loco ad ius personarum me confero, quod hominibus ex statu competere constat. Seruorum quidem conditionem hodie ignorant christianae gentes. Immo, licet prisci Germani etiam inter liberos & seruos distinctionem habuerint, docente TACITO *de mor. Germ. cap.* 25. longe tamen diuersa fuit eorum ratio; vt adeo statum seruitutis germanicae, romanae exaequare haut possimus. Scite in seruitute germana versati sunt THOMAS. *de homin. propr. & liber. germ.* HERTIVS *de homin. propr.* Adparet ex eodem, quod homines proprii, vti in Germania sunt, ad statum seruorum romanorum plene componi nequeant. Quatenus tamen hominum propriorum restrictam libertatem, atque exinde promanantia iura consideramus, non incongruum videbitur, in tantum, quantum conueniunt, maxime vero in libertate vindicanda, quam omnibus rebus fauorabiliorem duxerunt Romani, Germani pariter, argumenta a Iure Romano repetere.

§. XIV.

Tacite itaque dominus iuri suo in homines proprios renunciare potest. Quod fit, si patiatur illos, libertatem contra se praescribere. *L. 2. C. de long. temp. praesc.* Sola tamen omissio indictionis seruitiorum per longum tempus non sufficit, sed requiritur, vt iniunxerit dominus praestationem, homines proprii autem denegauerint, a quo tempore praescriptio demum computanda est. BALTHASAR. *de Oper. subdit. Cap.* 10. MEV. *Conf.* 102. *n.* 82. Possessio enim libertatis in hoc iure negatiuo adquirendo,

do, non nisi per denegationis actum, accedente patientia adquiritur. Deinde etiam tacite renunciat, si patiatur hominem proprium ad dignitatem adspirare, quae libertatem hominis requirit. arg. *L. 6. C. qui milit. poss.* Nam est talis actus, qui in praeiudicium domini tendit; cui contradicere poterat, & debebat. Qua de caussa nullus dubito, quod, si passus sit dominus eum gradum doctoris ambire, eo impetrato ius suum amittat. MEV. von Zustand, Absforderung und Absfolge derer Bauersleute, *pag. 77.* OCKEL *de praescr. immem. Cap. 2. Thes. 17.*

§. XV.

Quae huc vsque dicta sunt de hominibus propriis, pari ratione ad rusticos, qui ad operas deuincti, spectat. Duos commemorabo casus. Ponamus rusticos ad operas tantum, lege, consuetudine, conuentione, vel praescriptione definitas, obligari. Dominus vero indefinitas, libero suo arbitrio, indicit rusticis. Morem hi ipsi gerunt per longum tempus, an rustici iuri suo renunciarunt? Ita est omnino. Factum, quod rustici praestiterint operas non determinatas, neque per tantum temporis spatium contradixerint, eos obligatos reddit. Nihilominus in ipso facto occurrere quid potest, quod aliud iudicium postulat. Quid enim si rustici protestati sint, quod precario hoc faciant? Quid si coacti a domino praestiterint? Nec iuri suo renunciasse rustici videntur, nec ius domino quaesitum erit. Protestatio enim conseruat ius protestantis, & precario ius exercens iusto ad vsucapiendum titulo non innititur, nec iustam posseſſionem adlegare potest, si precarium reuocetur. arg. *L. 15. §. 4. D. de precar.*

Prae-

Praeter ea, qui coacte quid facit, nolle praesumitur. *L. 3 & 4. D. de R. I.* Restat quaestio confragosis difficultatibus vndique obsepta, si rustici loco operarum debitarum annuatim certam quantitatem vniformem, per tempus ad praescriptionem definitum, soluerint, vtrum dominus hoc modo tacite iuri suo operas ipsas exigendi renunciauerit? Merito periculosam huius quaestionis decisionem dicit KLOCK. *de contrib. cap. 2.* Placet autem eiusdem distinctio, quae hoc principio innititur: *renunciatio tacita liberam voluntatem requirit.* Igitur quum dominus commode vti poterat seruitiis, & nihilominus, accepta a rusticis vniformiter pecunia, adquieuit, venditio facta intelligitur, adeoque iuri suo in natura poscendi operas renunciauit. *L. 25. §. f. D. de oper. libert.* Sin vero vel longinquitate locorum, vel alia iusta ex caussa operis commode frui non potuerit, aliter se res habet, quia tunc rusticis seruitia tantum locare videtur. *all. leg.* iunct. *L. 1. C. eod.* Conductor vero numquam praescribit. *L. 2. C. de praescr. XXX. vel XXXX. ann.* Ceterum & facta intelligenda sunt: *rebus sic stantibus.* KLOCK. *cit. loc.* CARPZOV. *P. 2. Const. 4. def. 4. n. 2. & 5.*

§. XVI.

De priuilegiis per non vsum tacita voluntate amittendis supra iam meam proposui sententiam. In praesenti hoc tantummodo peruestigabo, qua ratione priuilegio potissimum immunitatis munitus, per factum priuilegii exercitio contrarium tacite iuri suo renunciet. Fieri hoc posse, vt quis per actum iuri suo oppositum tacite renunciet, extra dubitationis aleam ponitur. Quo pertinent exempla in *L. 2. C.* de-

de iur. dom. impetr. L. 4. & 8. C. de pact. inter emt. & vendit. Et licet exempla in his legibus speciatim tantum ad iura pactis quaesita videantur spectare, regula tamen exinde, ob rationis aequabilitatem, ad iura priuilegiis impetrata merito adplicatur, quum itidem sint singularia. Sed nec desunt de ipsis priuilegiis insignes leges. Quarum potissimae sunt. *L. 12. C. de excus. tut. vel cur. L. 2. D. de veteran. L. 2. & 3. C. de his qui sponte mun. pub.*

§. XVII.

Potissimum vero ratione immunitatum dubium videtur, an vnus actus immunitati contrarius sufficiat, num vero temporis lapsus praescriptioni determinatus requiratur. Qui prius defendunt, plerumque ad *ll.* in anteced. §. prolatas prouocant. Vrgent quoque catastrorum auctoritatem. *L. 4. C. de agric. & cens. & col.* Ab his vero iure meo discedo. *Leges* enim *prioris* §*phi* non modo non probant ipsorum sententiam, sed aperte potius contrarium demonstrant: quod, si sponte munus, a quo habebant vacationem, suscipiant, in futurum non obsit. Praeterea catastris, modo rite confecta sint, vigorem non denego, sed contrarii probationem tamen locum habere nullus negabit. Hinc ita sentio: *actus, immunitati contrarius, gestus in futurum non obest, nisi tempora ad praescriptionem destinata, sine interruptione, elapsa sint.* Quamuis enim vnicus actus quietus in possessorio sufficiat, numquam in petitorio tamen ex hoc solo victoriam quis reportabit. Proinde si immunis a tributis & aliis oneribus haec praestiterit, solutum quidem, nisi error adsit, repeti haut poterit; soluens vero in futurum non obstringitur, nisi

prae-

praescriptio legitima accesserit. Ceterum vniuersitati immunitate concessa, facta singulorum, licet tempus praescriptionis praeterierit, vniuersitati nihil damni inferre, extra dubitationem positum esse duco.

§. XVIII.

Relictis iuribus quibusdam personarum, ad iura rerum me conuertam, & primum quidem de querela inofficiosi dicam, in qua hodierna praxis multa alit, quae veris principiis non consentiunt. Notum est hanc querelam per quinquennium inofficiose exheredatis dari; qui, quum iuri pro se introducto quisque ad paciscendum aptus renunciare possit, vel expresse vel tacite eam amittunt. De expressa renunciatione dicere non est huius loci. De tacita differam. Commune est DD. effatum, quod querela inofficiosi testamenti cesset, si legatum ipsi in hoc testamento relictum petat. Omni fiducia prouocant ad *L. 10. ff. 1.* & *L. 12. D. de inoff. test.* atque hae leges omnem certe speciem veritatis sententiae conciliant. Sed commune hoc est vitium eorum, qui legum vicissitudines non considerant, & diu miratus sum coadunatum DD. consensum. Supra iam demonstratum dedi, facta concludentia requiri ad tacitam renunciationem. Quod si ita est, sane, si ex facto, quod quis petierit aliquid ex inofficioso testamento, tacitam renunciationem euincere legitime volumus, tale factum requiritur, quod cum institutione querelae inofficiosi testamenti consistere nequit. Videamus, qua ratione huic regulae factum petiti respondeat.

§. XIX.

§. XIX.

Maximam conſpicio Iuris Pandectarum & Nouellarum confuſionem. Iure Pandectarum color adhuc inſanae mentis, quo potiſſimum Praetor vtebatur ad aequitatem exercendam, obtinebat, *pr. Inſt. de inoff. teſtam.* & quum fictio idem operetur, quod veritas, prona conſecutio inde fluebat, vt totum corrueret teſtamentum, nec legata conſeruentur; ideoque leges Pandectarum diſponunt, nihil, quod in inofficioſo teſtamento ordinatum eſt, conſiſtere, neque libertatum, neque legatorum relictorum rationem haberi. L. *8. ſ. 16. D. de inoff. teſtam.* Quae quum ita ſint, indubitatum redditur, Iure hoc Pandectarum adhuc vigente inique exheredatum, qui legatum ex tali teſtamento, vel pro ſe vel alio ſponte petit, querelae inofficioſi teſtamenti tacite renunciaſſe. Petit enim illud, quod, ſi querela obtineret, non ſubſiſtit ſed corruit; adeoque optime concludens factum deprehenditur. At enimuero haec omnia plane aliter ſe habent, ſi ad Iura Nouellarum animum aduertimus. *Nou. 115. cap. 3. in fin.* antiqua haec iura commutauit, atque diſpoſuit: per querelam inofficioſi teſtamenti heredis inſtitutionem tantum reſcindi, reliqua vero capitula integra & ſalua manere. Ex quo manifeſte conſequitur: fictionem & colorem inſanae mentis corruere, & nullam amplius ſubeſſe cauſſam, cur legati petitio ex hoc teſtamento renunciationem tacitam inuoluere debeat. Qui enim iure hoc nouo legatum poſcit, illud petit quod ſubſiſtit, ſiue querela inofficioſi inſtituatur, ſiue non, adeoque nullo negotio ex hoc facto renunciatio concluditur. Quod ſi autem pro herede inſtituto, aut coherede ſponte agat, & hereditatem vel

totam, vel eius partem, a posſeſſore vindicet, merito hoc facto tacite remittit querelam inofficioſi teſtamenti, quia heredis inſtitutio per querelam hanc reſcinditur. Obiiciet fortaſſe aliquis, aliam ſupereſſe rationem, ob quam hoc factum tacitam renunciationem contineat; ſcilicet, quia legatum accipiens heredem adgnoſcit, adeoque & heredis inſtitutionem, quae, querela obtenta, conſiſtere nequit. Nego vero hac ratione eum heredem adgnoſcere, quia iam conſtat, legatum valere, ſiue haec heredis inſtitutio valeat, ſiue non; ergo nihil haec obiectio eam ſententiam labefactabit. Ea quae de hoc facto adſerui, nolo tantum ad exheredatos parentes aut liberos reſtringi, ſed ad fratres & ſorores quoque inique exheredatos extendi conuenit. Quamquam enim quidam ſtatuunt, diſpoſitionem *Nou. 115.* tantum ad exheredationem parentum & liberorum pertinere, quumque *Nou. 22. C. 47.* vbi ſedes eſt exheredationis fratrum & ſororum, nihil de iure antiquo mutauerit, totum in hoc caſu corruere teſtamentum. Ex quo principio conſequeretur, minimum quoad fratres & ſorores acceptationem legati ipſis relicti renunciationem querelae inferre. Ego tamen horum opinioni non ſubſcribo: partim quia aequalitas rationis ſatis conſpicua eſt, nec vlla cauſſa reddi poteſt, cur fatres & ſorores maiorem fauorem parentibus & liberis mereantur: partim quia & *Nou. 115. a. p. C. 541.* *Nou.* vero *22. a. 536.* promanauit, adeoque ex Nouella tempore poſteriori iuris anterioris correctio & explicatio deſumi poteſt.

§. XX.

Aliud exemplum de SCto Macedoniano in medium produco. Expreſſe filium familias huic SCto non

non posse renunciare, dubio caret. Iuri tantum quod in eius fauorem est introductum, aliquis renunciare potest, non fauori tertii aut reipublicae, quod supra fusius demonstraui. Quum igitur principaliter in patris fauorem introductum sit SCtum Macedonianum, *L. 3. §. 3. D. de SCto. Maced.* cessat omnino in filio familias renunciandi facultas. Tacite vero hoc fieri potest, vti plura exempla in legibus rem probant. Inter haec potissimum refertur, si filius familias soluerit pecuniam mutuo acceptam; solutum enim repetere nequit. *L. 9. §. 4. & 5. L. 10. D. eod.* Ex toto quidem debito praestito nullum suboritur dubium, sed hoc maxime in controuersiam incidit: an si filius familias, pater familias factus, partem debiti soluerit, hoc ipso facto totum debitum adgnouisse, atque exceptioni SCti Macedoniani renunciasse censeatur. Ne prolixior sim, statim, omissis aliorum opinionibus, adfirmantibus me socium praebeo. Factum hoc partem soluentis enim omnino ita est comparatum, vt debitum adgnoscat. *L. 4. C. de non num. pecun.* Neque ideo, quod partem tantum soluerit, iusta subest caussa, vt voluntatem ad partem tantum restringamus, modo eadem sit totius, quam partis debiti ratio. Alias a diuersis ad diuersa male duceretur argumentum. Quid ergo si filius familias mille thaleros mutuo acceperit, trecentos horum in suam vtilitatem vertit, reliquos male perdidit. Deinde, quum pater familias exstitit, trecentos thaleros creditori restituit. Hoc in casu nullus adferet, partis solutae & residuae eamdem esse rationem, quum intuitu illius, quod in rem versum est, SCtum Macedonianum locum non inueniat. *L. 12. & 13. D. de SCto Maced. iunct. l. 5. Cod. eod.* Plura de

 hoc

hoc argumento adferre eo minus opus iudico, quo magis leges meam ſententiam corroborant. In *L.* 7. *ʃſ. vlt. D. de SCto Macedon.* expreſſe dicitur: *ſi pater familias factus ſoluerit partem debiti, ceſſat SCtum, nec ſolutum repetere poteſt.* Aliorum interpretationem, qua priorem diſpoſitionem generalem per ſequentia: *nec ſolutum repetere poteſt,* ad partem tantum ſolutam reſtringunt, menti ICti non conuenire credo. Hac interpretatione enim admiſſa, plane ſuperflue ICtus egiſſet, quod de patre familias tractaſſet, quum ne filius familias quidem ſolutum repetere poſſit, propter ea, quod SCtum hoc exceptionem quidem dat, non vero actionem, vt adeo condictio indebiti ceſſet *L.* 40. *D. de cond. indeb.* Inſuper etiam *ʃſ. praeced. all. leg.* 7. idem de patre adſerit: quod ſi pater *ſoluere ceperit,* quod filius familias mutuum ſumſerit, ceſſare SCtum, *quaſi ratum habuerit.* Quae ratio optime commonſtrat, quod non ratione ſolutae partis tantum intelligi poſſit, ſiquidem tunc vera, non quaſi ratihabitio eſſet. Ex his & facili ratione contrarium argumentum a pignore dato *L.* 9. *ʃſ.* 1. *D. de SCt. Maced.* deriuatum refellitur. Nam pignus non datur in ſolutum, ſed ſecuritatis cauſſa, quatenus aeſtimationem habet.

§. XXI.

In materia correalis obligationis difficillimae ſe offerunt controuerſiae, inter quas haec omnino maxime perplexa videtur. An, ſi creditor chirographum vni ex pluribus correis debendi reddiderit, integrum debitum omnibus, aut illi tantum, cui redditum chirographum, ſuam partem remiſiſſe cenſeatur? In diuerſas DD. abeunt ſententias, quas recenſet STRYCK. *de inueſtig. act. ſect.* 1. *membr.* 3. *ʃſ.* 23. Alii adſerunt eum,

eum, cui redditum chirographum, exinde ius agendi contra reliquos correos debendi nancisci, inter quos commemorat MENOCHIVM & BVSIVM &. his STRYCKIVS ita suffragatur: vt reliquas debiti partes ei donatas esse defendat. His autem vtitur rationibus: quia reddens chirographum nullum fundamentum actionis contra reliquos retinuit, nec tamen etiam ipsis quidquam remisit, dum tam tacita quam expressa voluntatis declaratio quo ad reliquos deficit. Ergo vi donationis ipsius chirographi etiam actiones chirographo contentas in accipientem translatas esse, contendit, quum & legato chirographo legetur debitum. L. 44. §. 5. D. *de Legat.* 1. VINNIVS *ab ipso allegatus Tr. de pact. c. 12. n. 13. in fin.* hanc sententiam tunc tantum admittit, si ille cui redditum chirographum pauper sit, creditor vero dives. VINNII certe opinio plane est reiicienda, quum haec distinctio effectum pacti taciti minime posset immutare. Sed nec adridet STRYCKII expositio. Quod enim priorem ipsius rationem adtinet: quod nullum fundamentum actionis retinuerit, coniectura non adsequor. Forte ideo: quia chirographum reddit; quod numquam admittam; non enim haec obligatio est litteralis, ad cuius substantiam scriptura requiritur, adeoque chirographum tantum ad faciliorem probationem adhibetur. Chirographo enim amisso minime deficit fundamentum agendi, quum adhuc correalem obligationem per testes probare, aut iuramentum deferre posset. Et quis ipsi negabit, quod editionem documenti ab eo, cui redditum, ad probandam reliquorum obligationem petere possit? Haec omnia demonstrant, nihil hac ratione probari, & deficiente etiam chirographo agendi fundamen-

damentum illibatum remanere posse. Qua de caussa hoc factum minime est adaequatum, vt exinde consecutionem deducamus, quod iuri suo contra reliquos correos renunciare creditor, chirographum vni reddens, voluerit. Immo ipse STRYCKIVS deinde adserit: quod reliquis nihil remiserit, quum nec expressa nec tacita voluntas deprehendatur. Quo modo vero adstruere queat, quod praesumatur reliquorum partes illi, cui reddidit chirographum, donare voluisse, plane non intelligitur. Donationes enim non praesumuntur, nisi vel expressa declaratio, vel liquidum factum, vel legis praesumtio hoc suadeant. Expressa vero voluntas hic deficit. Legis praesumtionem nemo demonstrare potest. Tandem quod argumentum a legatis repetitum adtinet, nullum pondus habet. In vltimis nempe voluntatibus liberalitas testatoris praesumitur, quod ab actibus inter viuos longe alienum est. Ne tamen lectorem in ancipiti relinquam, ego quidem hoc in casu ad BRVNNEMANNI sententiam accedo, quam exhibet in *Comment. ad Pand. ad* L. 2. *in fin. de pact.* Statuit autem tantum illi debitori, cui redditum chirographum, sui debiti partem remissam esse. Id quod facto ipso, & meis supra exhibitis rationibus conuenit. Legis dispositio in hoc casu inani labore quaeritur. Si cuidam adhuc in mentem venerit, ex eo fundamento, quod in solidum constituta sit obligatio, adserere, quod & in solidum tollatur, negabo consequens; ab expresso enim ad tacitum male concluditur. Et tacite non initur correalis obligatio, adeoque nec tacite tolli potest, nisi tale factum circa omnes correos suscipiatur.

§. XXII.

§. XXII.

In seruitutibus tacitas renunciationes obtinere nullus dubitat. Dominus praedii dominantis, permittens factum seruituti suae contrarium, tacite remittit seruitutem. L. *8. D. quemadmod. seru. amitt.* Haec ipsa lex statim facti qualitatem determinat, scilicet, quod tale debeat esse factum, cum quo seruitutis vsus consistere nequit. Hinc, seruitute stillicidii constituta, si dominus praedii dominantis permittat domino praedii seruientis in area aedificare, nequaquam amittitur seruitus, *per eand. legem.* Potest enim & debet aedificium, quod areae imponit, ita exstruere, vt seruitutis vsus non diminuatur. Probe etiam circumspiciendum est in aliis seruitutibus, quibus limitibus factum circumscribatur, de quo supra pluribus dixi. Sola patientia illius, cui seruitus competit, si alter factum contrarium susceperit, non sufficit, nisi tempus praescriptionis ab hoc facto computandum, sine contradictione effluxerit. In vrbanis seruitutibus solam omissionem exercitii seruitutis, etiamsi longum tempus accesserit, seruitutis iacturam non inferre, sed adhuc ratione domini praedii seruientis factum seruituti contrarium requiri, in aprico est ex L. *6. D. de seru. praed. vrb.* Differentiae ratio nulla alia est, quam quod seruitutes vrbanae, semel constitutae, quoad exercitium magis in patientia domini praedii seruientis, quam facto domini praedii dominantis consistunt.

§. XXIII.

Ad ea, quae in processibus obueniunt, me confero. Certissimum est exceptiones peremptorias a reo litis contestationi adnectandas esse, *Recess. Imp. de An. 1654. §. 37.* & conspirat *Ord. Aul. Paderb. Tit. 25. art. 7.*

Aperte exinde ſequitur, eum, qui litem conteſtatur, non adiectis peremtoriis exceptionibus, iisdem tacite renunciaſſe. Res liquida eſt. Videamus egregiam in foro obſeruationem. Profecto ludibriis & crepundis exponuntur ſaluberrimae hae diſpoſitiones. Omiſſas enim exceptiones in reconuentione deducere licere, fere omnes adfirmant. GRIBNER. *Princip. proc. iud.* L. *1. cap. 7. ſect. 5. §. 3.* Quid hoc aliud eſt, quam bonas eliminare leges, & fraudibus atque protractionibus litium fomenta dare? Non dicam de iis exceptionibus, quae poſt litis conteſtationem demum emergunt, aut quarum notitiam poſtea demum excipiens, heres, forte, ſe tempore litis conteſtatae non habuiſſe iurare poſſit. In his enim nemo dubitat reo proſpiciendum eſſe, quo minus haec auxilia perdat. Sunt quoque exceptiones, de quibus, ex communi in foro recepta ſententia, conſtans eſt obſeruatio, quod etiam, licet non adnexae fuerint litis conteſtationi, in ipſa executioni adhuc opponi poſſint. Sed certe peſſime conſulitur clientibus, & ordinationes proceſſuales penitus eneruantur. Ego ita ſentio: quatenus de iure conſtituendo agitur, nullam exceptionen, litis conteſtationi non adnexam, in conſiderationem eſſe vocandam, niſi vel nouiter emerſerit, vel notitia ante litis conteſtationem non adfuerit, vel denique absque noua poſt litis conteſtationem productione aut teſtium, aut documentorum, aut iuramenti delatione ex iure vel actis ſtatim adpareat. Sufficiant haec, nam diſſertationis cancelli me iubent vt filum abrumpam.

XVII.

XVII.

DISSERTATIO

DE

DONATIONE
MORTIS CAVSSA VALIDA
LICET EXPRESSE IN CASVM
MORTIS NON DIFFERATVR.

Mm 5

§. I.

Quae multa Iurisprudentiae argumenta vexant, disſenſus & decertationes interpretum, ea maxime donationes mortis cauſſa caligine circumfundunt. Pendebat animus, quum adtentius in veram huius donationis intellectionem inquirebam. Communis illa ſententia, quae praeter mortis cogitationem, verba quoque donationis effectum in euentum mortis reſtringentia poſcit, me aliquamdiu circumdederat. Sed, poſteaquam meliora Iuris principia haurire mihi datum eſt, erraſſe me ſenſi ſectando communem ſententiam. Plenius intellexi mentionem mortis, diſpoſitioni adiectam ſufficere, verba autem hanc donationem in caſum mortis differentia otioſa eſſe, & naturam huius donationis non informare. Quocirca, animum ad hoc argumentum publica diſſertatione enucleandum adpuli. Quum vero nullus mortalium ſit, qui in tantis tenebris nihil offendat, & nusquam incurrat, facilius veniam, quam & virium debilitas meretur, me impetraturum ſpero.

§. II.

Princeps eſt dominii vis, vt dominus de rebus, quatenus ad eum pertinent, pro lubitu disponere, adeoque ſe ad illas transferendas alii obligare §. 2. *Inſt. de donat.* & ipſum dominium in alterum transferre poſſit L. 1. *C. de fund. dot.* Dominium rei in alterum transferri poteſt vel gratis, vel non. Fieri ergo poteſt, vt quis ad dominium ſuum in al-

terum

terum gratis transferendum se obliget. Eiusmodi *pactum, quo quis se obligat ad dominium suum alicuius rei in alterum gratis transferendum*, vocatur DONATIO (*) L. *1. pr. ff de Donat.* Ex pacti indole, cuius adeo species est donatio, defluit, quod duae requirantur personae, quarum altera *donator*, altera *donatarius* vocatur. Vtriusque pariter opus est consensu, in quo longissime a natura vltimarum voluntatum abit; quamobrem donatio, donantis promissione, & donatarii acceptatione perficitur. L. *20. C. de donat.*

§. III.

Dominus vt rem suam gratis alienet, siue illam donet, se potest obligare (§. 2.) Alienatio fit vel pure, vel sub conditione, ergo & donatio L. *1. pr. D. de donat.* *Plura donatio*, legibus in concordiam reda-

(*) Olim donationes fiebant per traditionem in manum, mancipationem, vel in iure cessionem *L. 1. C. Hermogen. de donat.* vnde PAVLVS *ICtus* dicit in *L. 35. §. 1. D. de mort. caus. donat.* *Donatio dicta est a dono, quasi dono datum*, & donum nomen accepit a verbo δῶρον, quod Graecis palmum est, & inde δῶρα munera, quia manu dabantur, dicuntur. Male ISIDORVS putat, illam esse quasi domi actionem. Quam ISIDORI alucinationem egregie refutauit SCIPIO GENTILIS *Orig. ad Pand.* in OTTONIS *Thesauro T. IV. p. 1384.* Vnde nullum pactum ad donationes olim requirebatur, quippe post traditionem rei donatae nullus amplius erat obligatus; immo numquam obligatio ciuilis ex tali pacto oriri potuisset, sed pactum fuisset nudum. Deinde autem pactis quoque dona valide promittebantur, quae vocabantur pacta legitima siue contractus legitimi *L. 6. D. de pactis, L. 35. §. 5. C. de donat. §. 2. Inst. de donat.*

redactis, *ea* vocatur, *quae nullo tempore, a quo, vel ad quod circumscribitur, nec sub quodam euentu perficitur, aut resoluitur.* *Conditionata* vero eius est generis, *vt his cancellis includatur.* *Puram* donationem *propriam* appellitat VLPIANVS L. *1. D. de donat.* veramque reddit raionem: *quia eam propter nullam aliam caussam donator facit, quam vt liberalitatem & munificentiam exerceat.* Ab hac vero omnia reliqua donationum genera, quibus vel suspensiua, vel resolutiua conditio adiicitur, segregat, rem eleganti exemplo, a donatione inter sponsum & sponsam ducto, corroborans. (*) Neque sibi contrarius est VLPIANVS *L. 67. D. de V. S.* his verbis: *Donationis verbum simpliciter loquendo omnem donationem comprehendisse videtur, siue mortis caussa, siue non mortis caussa fuerit.* Quamquam enim in principio huius legis de propria significatione loquitur, *in hac* tamen *Spho* tanto minus dubito improprium sensum eum secutum esse, quo certius verbum: *simpliciter* generalem locutionem indigitat. Vid. BRISSON. *de V. S. verb. simplex.* Increpat hanc declarationem, nulla ratione adiutus, ALCIATVS *ad h. L. Oper. Tom. II. p. 947.* Audiamus, quam fingit rationem. Hanc legis interpretationem dicit, legem ipsam coarctare, & nos in dubio relinquere, quando vel in specie, vel in genere dictio sit accipienda. Quaeso! Estne inauditum, in titulo

(*) Eadem donatio, quae VLPIANO *propria* est, a PAVLO *vera*, & *absoluta* vocatur *L. 35. §. 2. de mort. cauf. donat.* In constitutionibus Impp. *simplex L. 21. C. de donat. ante nupt.* & *directa L. 25. C. de donat.* audit.

lo de V. S. generis nomen declarari? Qui fatagit vero ſcire, quando in ſpecie locutio ſit accipienda, conſulat verba in fine *§phi all.* addita: *ſiue mortis cauſſa donatio*, *ſiue non mortis cauſſa fuerit.* Itaque, ſi vel de vna, vel altera harum ſermo eſt, nullus dubitabit, legem de ſpecie loqui.

§. IV.

Qui porro ipſius ALCIATI interpretationem conſulit, facillime intelliget, eum non ſenſum ſequi, ſed conturbare, verisque principiis contradicere. Vrget nempe, donationis verbum quamlibet donationem comprehendere, ſed diuerſis temporibus. Nam, pergit, quae ſub conditione collata eſt, poſt euentum conditionis proprie donatio eſt cenſenda, ante euentum, propter dubietatem improprie. Quae vero ſub conditione reſolui poſſet, vt in mortis cauſſa donatione, vbi nulla ſpes reſolutionis ſubeſſe amplius poterit, & ipſa proprie donatio fuiſſe cenſebitur, interim non. Diſplicet haec interpretatio, & quum confuſionem euitare tendat, ipſe incidit in nodos non exſoluendos. Actus enim proprietatem ex eo tempore diiudicandam eſſe quo initur, expediti iuris eſt, atque, dum ipſe ALCIATVS donationem ab executione dictam eſſe commonſtret, prone ſequitur, ad tempus donationis eſſe reſpiciendum in dimetienda proprietate, quod & ipſi verbo optime conuenit. Et ſi ad fictionem retrotractus rem referre velimus, transiret donatio mortis cauſſa in donationem inter viuos, quo negotio vero re, & effectu hae duae diſtinctae ſpecies in vnam redigerentur. Ex quo latiſſime patet, hanc interpretationem nec Philoſophiae, nec Iuris regulis conſentire. Veriſſimum

riſſimum igitur eſt, h. L. a *L. 1. D. de donat.* omnino non eſſe ſeparandam. Atque ſi verba initii h. L. componimus: *donationes complures ſunt*, ad generalem & ſimpliciter acceptam ſignificationem ſpectant, ſequentia vero propriam ab impropria donatione ſeiungunt. Quam ob rem ALCIATVS vbi & mortis cauſſa donationem, & alias conditionatas, conditione eueniente, propriis donationibus adſcribit, longiſſime abeſt a mente ICti, qui eam demum propriam appellat, quae ex nulla alia cauſſa, quam ex liberalitate, & munificentia procedit; illud vero reliquis donationibus conditionatis adcommodari nequit.

§. V.

Donatio eſt vel pura, vel conditionalis (§. 3.) Haec conditio vel eſt mors donatoris, vel non. Si prius donatio vocatur mortis cauſſa. Eſt igitur *donatio mortis cauſſa*, *donatio*, *quae propter mortis ſuſpicionem fit.* (*) *ſ. 1. Inſt. de donat. L. 2. & 31. ſ. 2. D. de mort. cauſſa donat.* Videri quidem poſſet, hanc donationem mortis cauſſa, non ſemper conditionem continere, quia in euentum mortis donatoris dirigitur, & ſatis certum eſt, donatorem aliquan-

(*) Nullo negotio ergo donatio, quam exhibet VIRGILIVS MARO in *Ecloga 2. vers 36. ſeqq.*

Eſt mihi disparibus ſeptem compacta cicutis
Fiſtula Damoetas dono mihi quam dedit olim,
Et dicit moriens; te nunc habet iſta ſecundum

in cenſum donationis mortis cauſſa venit; morientis potius eſt donatio, quae indolem donationis inter viuos omnibus numeris abſolutam habet *L. 42. de mort. cauſ. donat.*

quando esse moriturum, adeoque non curate dici, quod huius generis donatio sub conditione fiat. *L. 9. ff. 1. D. de nouat. & deleg.* Sed quia haec donatio, propter mortis mentionem in verbis dispositis, sapit naturam vltimarum voluntatum, eisque aequiparata est, eoque circa reuocatio locum inuenit, sequitur inde etiam hanc conditionem inesse: nisi donatio ante mortem donatoris reuocetur. Immo tempus mortis in hoc casu facit conditionem arg. *L. 1. ff. 2. D. de condit. & demonstr.* Quamquam enim certum est, donatorem esse moriturum; incertum tamen manet, an donatarius ei superuiuat. Ex quo latissime patet, conditionis indolem habere. *all. L. 1. ff. 2.*

§. VI.

Quum itaque donatio mortis caussa pacti species sit (§. 2.), consequitur, consensum donantis, & donatarii requiri. Donantem quod adtinet, expresso consensu opus est. Quam ob caussam mutum & surdum, si coniunctum vitium deprehendatur, siue sit naturale tale, siue casu euenerit, mortis caussa donare non posse, in aprico iacet. Nec enim signa sufficient, quae indubitatam mentis declarationem non produnt; diuinationibus vero in hac caussa locus esse nequit. Quamquam enim donandi facultatem illis leges concedunt *L. 33. ff. 2. D. de mort. causs. don.* tamen si hac in re aliquid dandum est, donatio inter viuos, non mortis caussa, vel minimum morientis tantum erit. Eo vero in casu, si animum rite exponere queant, quod non raro, quando vel discretus est moribus, vel casu contigit, numquam si ita nascatur euenire solet, nihil ambigo

bigo mutum & surdum potestatem mortis caussa donandi habere. Reliqua ad donantis & donatarii qualitatem pertinentia, quae vbiuis obuiam veniunt, & latius in LAVTERBACHII *diss. de donat. mort. caussa* inueniuntur, lubens praetermitto. Dixisse sufficiat cum HEINECCIO *in Pand. tit. de donat. §. 124.* mortis caussa donationem inter pactum & vltimam voluntatem quodam modo fluctuare. Qua de caussa ad pacifcendi aeque atque testandi, & ex testamentis qu... capiendi facultatem est respiciendum.

§. VII.

Ne autem quidquam ad pleniorem huius argumenti intellectionem desit, ante omnia disquirendum est, quoad exaequatio donationum mortis caussa & vltimarum voluntatum procedat. Haec enim neglectio varia errorum semina spargit. Adparet tam ex §. 1. *I. de donat.* quam ex *L. vlt. C. de donat. caus. mort.* quae lex, quum non inscriptio & subscriptio tantum, sed tenor quoque indole respondeat, sine dubio in numerum quinquaginta decisionum venit, quod inter veteres ICtos grauissima fuerit decertatio, vtrum donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, quum vtriusque caussae haberet insignia. Hanc controuersiam decisurus IVSTINIANVS in *all. L. vlt.* sanxit, *vt mortis caussa donatio omnes effectus sortiatur, quos vltimae habent liberalitates, neque ex quacunque parte absimilis eis intelligatur.* Quanta autem opera fuerit IVSTINIANI in euellendis dubitationibus, effectum tamen non modo non sortita est haec constitutio, sed nouis potius contentionibus ansam praebuit. Nemini incognitum esse potest, certare

 ICtos,

ICtos, an omnis inter donationes mortis caussa & vltimas voluntates differentia sit explosa, an non. Multos inter, hanc controuersiam agitantes, inprimis mihi nominandi sunt A LVDEWIG *in Tr. de different. Iur. Rom. & Germ. in donationibus, & barbari adnexus acceptatione*, & *Antecess. cel.* CARRACH *in Diss. de differentia Iuris Rom. & German. in mortis caussa donatione.* Equidem tantos mihi non sumo spiritus, vt ingenii mei debilitatem viris eruditionis grauitate insignibus opponere vellem. Meam tantum hac de re sententiam in medium producam. Constitutionem hanc nouam IVSTINIANI opinor tantum ratione effectuum donationes mortis caussa vltimis voluntatibus composuisse, formam autem, si necessitatem adhibendi quinque testes exceperis, quae strictim in h. L. requiritur, distinctam remansisse. Qua in re his vtor argumentis. Legem corrigentem scimus strictiorem poscere interpretationem. Quo adcommodato principio, legisque verbis penitius introspectis, indubitatum est, hanc legem ad effectus reformandos pertinere, adeoque verba legis: *neque ex quacumque parte absimilis eis intelligatur*, ex paullo ante positis verbis: *omnes effectus* &c. restrictionem capere. Deinde, si mens legis etiam ad formae mutationem omnem spectaret, explicatu esset difficillimum, qui factum, quod in Inst. §. 1. *I. de donat.* quae tamen, vt nullus ignorat, longo tempore post hanc decisionem IVSTINIANI *A.* 530. exaratam publicabantur, dicatur: *fere per constitutionem* (quae eadem certe est) *legatis connumerari donationem mortis caussa*. Pariter *in Institt. initio h.* §. verba haec: *cum quis ita donat, vt si quid humanitus contigisset, haberet is qui accepit*, eliminanda

nanda fuissent, si donationes mortis caussa omnem formam vltimarum voluntatum per hanc legem induant.

§. VIII.

Accedit alia coniectura. Meminit nempe IVSTINIANVS *in citata lege* controuersiae veterum Iureconsultorum. Haec ipsa vero tantis offunditur tenebris, vt & VINNIVS *in Comment. ad Inst. §. 1. de donat.* omnia vestigia occlusa esse in Iure nostro adserat, ad hanc indagandam dissensionem. Animum meum ad hanc potissimum meditationem adduxit *Celeberr.* GOD. MASCOVIVS in praestantissima *Diatriba de Sect. Sabinian. & Proculianorum Cap. IX. §. 25.* Fontes enim huius discessionis Sectarum scrutans, Sabinianos adserit manifeste condictionem caussa data caussa non secuta dedisse, indeque patere, eos existimasse, dominium rei donatae a donatore recessisse; atque hoc confirmat per PAVLVM L. 25. *D. de mort. caus. donat.* his verbis: *Nec dubitauerunt Cassiani, quin ea dictione repeti possit quasi re non secuta: propter hanc rationem, quod ea, quae ita dantur, vt aliquid facias, aut ego aliquid faciam, aut vt Lucius Titius, aut vt aliud quid obtingat; & in istis conditio sequitur.* Exinde ergo concludit *Ill. Vir* Proculianos fuisse, qui mortis caussa donationem pro legato habuere, cuius dominium nisi morte donantis in donatarium non transferretur. Ingenue fateor, animum meum in ancipiti esse constitutum. Non vrgebo, quod nullibi in legibus vestigium deprehendatur, Proculianos condictionem caussa data caussa non secuta denegasse; Sabinianos mortis caussa donationes actibus inter viuos tantum adscripsisse. Magis obstabit, & Sabinianos, ex quorum numero indubitate est AFRI-

CANVS *in* L. *32.* & *33.* & IVLIANVS L. *15. 16.* & *17. D. de mort. cauſ. donat.* adgnoſcere: quod donationes mortis cauſſa naturam vltimarum voluntatum ſapiant. Praeter vero ea, hoc potiſſimum dubiam, ſi non plane fallacem, coniecturam reddit, quod ſi illa obtinere debeat, probare par ſit, contrarium eſſe, condictionem cauſſa data cauſſa non ſecuta concedere, ſi donatio mortis cauſſa legati inſtar habeatur: pugnare inuicem, ſi adſeramus, donationem mortis cauſſa non haberi pro legato, & rei vindicatio tamen non competat. Hanc vero probationem deeſſe facillimo negotio cognoſcitur ex VLPIANO L. *29.* & *30. D. eod.* ex quibus vberrime pateſcit, & ad rei vindicationem, & ad condictionem donatori viam patere. Quin immo, ipſe IVLIANVS, *Sabinianus* ille, rei vindicationem donatori concedit, adſerens in L. *6. D. eod.* mortis cauſſa donationem, etiam dum pendet an conualeſcere poſſit donator, *reuocari poſſe.* Hoc autem in caſu condictionem cauſſa data cauſſa non ſecuta competere non poſſe, natura huius condictionis dictitat, quod & IVLIANVS defendit L. *19. pr. D de reb. cred.* verbis: *Nam & is qui mortis cauſſa pecuniam donat numerat pecuniam, ſed non aliter obligauit accipientem, quam ſi extitiſſet caſus, in quem obligatio collata fuiſſet, veluti ſi donator conualuiſſet.* Deficiente vero obligatione ceſſat condictio. Manifeſto ergo eſt indicio, IVLIANVM in L. 16. rei vindicationem ad reuocandum dediſſe. Quae omnia non conſpirare poſſunt, ſi ineſt haec, quam poſtulaui, contrarietas.

§. IX.

Etſi autem haec a me expoſita ſatis commonſtrant, me ab hac coniectura diſceſſionem facere, praebuit

buit tamen meditationem, qua sententiam, ante *de* L. *vlt. C. eod.* explicatione allatam, suffulcire me posse spero. Vel nulla plane controuersia de hac quaestione, an donatio mortis caussa actibus inter viuos, aut vltimis voluntatibus accensenda sit, exstitit, quod tamen ob commemorationem L. *vlt. all. &* *ff. 1. I. de donat.* tuto adserere non ausim; vel certe Sectae, hac ex parte discrepantes, in eam sententiam iam ante decisionem IVSTINIANI coaluerunt, vt donationes mortis caussa legatorum instar haberentur. Quam meditationem eo securius sustinebo, quo magis aetas, qua ante recensiti ICti floruerunt, cogitationi respondet. Quod si ergo haec coniectio aliquid, vt confido, valet, consequor, tempore laudatae decisionis IVSTINIANI, hoc, dissidio remoto, de effectibus tantum huius donationis certamen superfuisse. Ob quam caussam adserere pariter licebit, quod haec decisio ad contentionem eo tempore adhuc agitatam, adeoque ad effectus tantum referri debeat. Consequens huic est, principem formam, donationem mortis caussa ab vltimis voluntatibus distinguentem, integritatem retinuisse. Quo nomine excusationem merebor, quod copiosius in hac indaganda controuersia fuerim versatus, quum tota ad instruendum argumentum pertineat.

§. X.

His itaque informatis certum redditur, donantis, & donatarii consensum, naturae pactorum conformem, requiri. (§. 2. 5.) Donantem igitur quod adtingit, necesse est 1) *vt animum donandi exprimat.* Hoc requisitum ad genus donationis spectat, vt constet eum donare. *Nemo enim suum iactare velle praesumitur* L. 25. *pr. D. de probat.* Res est certa, nec

 vlla

vlla alia probatione indiget. Videndum autem eſt, an ſufficiat, ſi tantum donator his verbis vſus fuerit: *trado tibi*. Distinguendum duco. Si donator obligato debitori ſuo tradat, nihil dubito donationem adfirmare. Vnde chirographo debitori tradito, creditum, pignore reddito, pignoris liberatio donata cenſebitur. L. 2. & 3. *D. de pact.* Leges nempe proniores ad liberandum, quam obligandum ſunt. arg. L. 53. *D. de ſolut.* Si vero non obligato tradat, in omnia alia abeo, nec enim intelligi poteſt, qua mente hoc fiat. Quid enim ſi animo apud ipſum deponendi dederit? Ad hoc procliuior ſum, quum leges donationem non praeſumant. Obiiciet quis, quod in vltimis voluntatibus magis liberalitas accipi debeat. Sed antea iam deduxi, (§. 7.) in donationibus mortis cauſſa, pacti, non vltimae voluntatis formam in conſiderationem venire. Igitur hoc obmotum nihil me impedit.

§. XI.

Requiritur 2) *vt donator mortem tamquam cauſſam donationis exprimat* (§. 5.). Ita enim differt donatio haec a donatione inter viuos. Hinc IVLIANVS *L. 1. D. de donat.* donationem, quae ex nulla alia cauſſa fit, quam vt liberalitas, & munificentia exerceatur, ſeparat ab illis, quae ob aliam cauſſam, ad quam mortem etiam refert, ſuſcipiuntur. Hinc & donatio mortis cauſſa in §. 1. *.. de donat* deſcribitur, quod ea ſit *quae fit propter mortis ſuſpicionem.* Haec autem cauſſa donationis mors, ſcilicet, clare exprimenda eſt. Cauſſa enim in mente retenta nihil operatur. *L. 7. C. de condict. ob cauſ. dat.* Eaque propter PAPINIANVS *L. 42. ſ. 1. D. de mort. cauſ. donat.* in

caſu

casu ipsi oblato, quo pater in extremis vitae constitutus, sine vlla conditione filio emancipato donauerat, recte respondit: *eum qui absolute donat, non tam mortis caussa, quam morientem donare.* Ab hac vero dictione longissime differt illa, quam exhibet MARCIANVS *L. 27. D. eod. quod donandi magis sit, quam mortis caussa donatio.* Huius enim locutionis is est intellectus, vt, si donator mortis quidem mentionem iniecerit, sed alia addiderit, quae cum sententia mortis caussa donantis non conueniunt, v. c. *vt nullo caussa reuocetur*, magis donandi caussa, scilicet, vt meram liberalitatem, & munificentiam exerceat, (quae caussa donationis inter viuos est *L. 1. D. de donat.*) subesse credatur, quam caussa mortis. Pari modo probe respiciamus, vtrum donator mortis meminerit in ipsis verbis donationis, aut in mortem tantum restrinxerit traditionem, v. c. si dicat: *dono tibi 100. thaleros, quos post mortem meam accipies*, siquidem tunc certum est caussam donationis non fuisse mortem, sed solutionem tantum in mortem esse dilatam. Qua de re, recte dicitur a commentantibus, mortem non in verbis dispositiuis, sed executiuis expressam, donationem mortis caussa non operari. Haut vero subscribere possum STRYCKIO *in cautel. contract sect. 3. cap. 9. §. 10.* vbi de his verbis hanc formulam commendat: cum donator decrepita senectute incertus sit, quando a Numine viuis sit eximendus, id circo Titio hoc ipso omnia sua bona donare voluit, ita tamen, vt illa antea re ipsa occupare non valeat, quam mortuo donatore. Profecto non intelligo, qua ratione defendi possit cum ipso, donationem hoc in casu inter viuos manere. *L.* enim *42. §. 1. D. de mort. caus. donat.* quam in suas

 par-

partes trahere cupit, nihil omnino probat. Verissimum potius est, in eo casu mortem tamquam caussam exprimi, verba autem in executione posita, superuacanea plane esse, adeoque veram mortis caussa donationem contineri.

§. XII.

Progredior ad modos, quibus donator mortis caussam exprimere debet, vt in aprico iaceat, donatorem non inter viuos, sed mortis caussa donare voluisse. Me quidem non fugit, quid debeamus Romanorum formulariae Iurisprudentiae. Etsi enim certum est, astum patriciorum mysteriis has formulas repleuisse, atque nubilam reddidisse Iurisprudentiam. Non omnem tamen laudem huic inuentioni detrahere decet; atque certe, rem formulariam perscrutanti, in multis spinosis actibus concinnae, omneque pondus rei gerendae ferentis formulae obueniunt, vt dubius haereat, an laudandum magis, an vituperandum sit studium. Et, ne quid dissimulem, fateor, & hodiernis temporibus innumeris litibus occasionem praescindi posse, si iis actibus, qui copiose occurrunt, & maximis difficultatibus vexantur, in quem censum omnino mortis caussa donatio venit, certae formulae praescribantur.

§. XIII.

Romanos in donationibus mortis caussa variis vsos esse formulis, conspicitur ex BRISSONIO *de formulis L. VII.* vbi eas ex omnibus Iuris partibus coegit. Inter vero illas ANIANVS, *interpres* IVLII PAVLI *Sent. recept. ad L. II. Tit. XXII. §. 6.* hanc verborum solennitatem custodiri dicit: *Illum agrum, aut illam domum me malo habere, quam te, te quam*

heredes

heredes meos. (*) Cui formulae & MARCIANVS *ICtus L. 1. D. de mort. cauſ. donat.* ſubſcribit. Plenius vero eius ſignificationem ipſe PAVLVS exponit, *in L. 35. §. 2. D. eod.* quum dicit: *ſed mortis cauſſa donatio longe differt ab illa vera, & abſoluta donatione, quae ita proficiſcitur, vt nullo caſu reuocetur, & ibi qui donat, illum potius, quam ſe habere mauult, at is, qui mortis cauſſa donat, ſe cogitat, atque amore vitae recepiſſe potius, quam dediſſe mauult, & hoc eſt, quare vulgo dicatur: ſe potius habere vult, quam eum, cui donat: illum deinde potius, quam heredem ſuum.* Tametſi vero haec ita ſunt, nullus tamen adſeret, ICtos his verbis definitionem donationis mortis cauſſa tradere voluiſſe; ſed hoc tantum patet, veram eſſe hanc propoſitionem ex mea definitione. (§. 5) Quin imo numquam concedo, hanc formulam ad expediendam donationem mortis cauſſa apud Romanos ſuffeciſſe. Cogitationem enim mortis exprimi debere, antea docui. (§. 11.) Hanc vero in illa formula nec Argus inueniet. Et, quum negari nequeat, ICtos oculos defixos habuiſſe in exemplum *Telemachi apud Homerum,* quod ex *L. 1. D. de mort. cauſ. donat. & §. 1. I. de donat.* vberrime liquet, iure meo ſtatuo, mortis mentionem etiam hanc formulam praecedere debuiſſe. Praeter vero ea obiter commemoro, totam hanc formulam, ſi ad amuſſim omnia conſideramus, obſcurius tantum tradere donantis voluntatem. Et ex eo factum opinor,

(*) Ita hanc formulam commutauit RITTERSHVSIVS, & recte quidem, ipſo PAVLO *in L. ſupr. all. 35.* ſuffragante conf. SCHVLTINGIVS Iurisprud. Ante Iuſtin. *ad hunc Aniani locum p. 312. not. 18.*

nor, quod donantes passim aliis etiam formulis, & plenioribus quidem, vsi fuerint. Ipsa quoque *Telemachi* est explicatior

§. XIV.

Quum autem haec ad Romanas sollemnitates pertinuerunt, & formulas, in statu Monarchico abrogatas, facile est intellectu, his temporibus non amplius donantes has subtilitates tenere. Satis habetur, si iis verbis donator se declaret, ex quibus indubitata mens colligi potest, quod ob caussam mortis donauerit. Optime commonstrat VLPIANVS ex IVLIANO *in L. 2. D. de mort. caus. donat.* quibus modis donatio mortis caussa fieri possit. Tres commemorat earum species. Prima continet casum: quum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed *sola cogitatione mortalitatis* donat. Altera: quum quis imminente periculo commotus ita donat, *vt statim fiat accipientis.* Tertia: si quis periculo motus, non sic det, vt statim fiat accipientis, *sed tunc demum, quum mors fuerit insecuta.* Quas species a principiis meis prima facie alienas, conciliaturus sum.

§. XV.

Ante omnia noto, triplici ratione mortis caussam a donatore adiici; ac primo tamquam caussam impellentem, deinde tamquam conditionem suspensiuam, postremo tamquam conditionem resolutiuam. Primus itaque casus *all. L. 2.* donatorem sistit, qui nullo imminentis periculi metu, sed pia tantum de morte meditatione ductus, donat. Dicit lex: *sola cogitatione mortalitatis donat.* Liquet satis, cogitationem alta mente repositam huius loci non esse, sed eam, quae ore profertur. Nisi itaque ab omnibus in-

interpretandi regulis discedere cupias, haec species eum casum continet, vbi donator praeter mortis cogitationem, nullam aliam conditionem in donando exprimit. Atque ita donator mortem tamquam caussam impellentem adiecit. Illa donatio vero, quae sola cogitatione mortis fit, a ICto ad speciem donationis mortis caussa refertur. Ergo consequitur, validam esse donationem, licet expresse non differatur in casum mortis. Quid itaque, si donator ita dixerit: quia mortales quauis die & hora mortem exspectant, & incertum mihi est vitae tempus, tibi centum thaleros dono. Nihil ambigo statuere, veram esse mortis caussa donationem Cogitatio enim mortis expressa adest, & valide quis sola mortalitatis cogitatione mortis caussa donat. Conuenit haec interpretatio etiam reliquis legibus. Supra enim iam demonstratum dedi ex *ff. 1. l. de donat.* donationem mortis caussa eam esse, quae propter mortis suspicionem fit. Qui sola cogitatione mortis donat, donat propter mortis suspicionem. Ergo est donatio mortis caussa. Tandem *ff. 2. l. eod.* perfectissime meam explicationem confirmat; ex qua haec consequor. Quaecumque donationes sine vlla cogitatione mortis fiunt, sunt donationes inter viuos. Ergo quaecumque cogitatione mortis fiunt, sunt donationes mortis caussa. Quaecumque donatio sola cogitatione mortis fit, etiamsi in euentum mortis expresse non differatur, illa non fit sine vlla cogitatione mortis. Ergo non est donatio inter viuos. Ergo est donatio mortis caussa.

§. XVI.

§. XVI.

Cum hic casus, & legis decisio punctum totius controuersiae ferat, opera danda erit, vt dissentientibus omnes scrupulos, quoad illos coniiciendo adsequor, erimam. Fortasse alicui in mentem venit dubitare: an caussa impulsiua, vti vocatur, in hoc casu effectum sortiatur. Suffulcire poterit dubitationem, quod caussa impulsiua, licet falsa deprehendatur, non noceat vltimis voluntatibus. *L. 17. §. 2. D. de condit. & demonstr.* Sed saluam mihi caussam seruat, quod in priori tractatione iam corroborauerim, donationem mortis caussa ratione formae abire a natura legatorum (§. 7.). Alii irrumpent in interpretationem meam verborum: *sola cogitatione donat.* Quid ergo est, quod in vitium vertatur? Ita rem explanant interpretes: solam cogitationem in hac lege tantum opponi commotioni donatoris per adpropinquans vitae periculum, atque ita verbum: *solam* non excludere necessitatem verborum, donationem in euentum mortis constringentium. Deuia est interpretatio. Nihil dubitatur, magnum intercedere discrimen, vtrum intuitu instantis mortis donatio suscipiatur, an non. In hoc enim casu subsistit donatio, donec reuocetur. In altero vero, propulsato periculo statim donatio euanescit. Sed hanc differentiam IVLIANVS in *L. 2. all.* non ante oculos habuit. Alias enim duas tantum constituisset species, quum tamen tres sollicite separauerit. Ea potius differentia cernitur. In primo casu praeter cogitationem mortalitatis, donator nullam conditionem expresserat. In altero, praeter hanc cogitationem, adiecerat conditionem: *vt statim fiat accipientis.* In tertio mor-

mortis cauſſam vt *conditionem ſuſpenſiuam* declarauerat. Et vti indignum plane eſt creditu, quod IVLIANVS duas poſteriores ſpecies tantum ad eas donationes, quae ingruente periculo fiunt, adſtringere voluerit, quum nihil omnino prohibeat, quo minus quis etiam, nullo inſtantis mortis metu perterritus, iisdem conditionibus donet. Ita & dubitatione vacabit, eum, qui imminente periculo mortis donat, etiam ſola cogitatione mortalitatis donare poſſe. Quin etiam in promtu adeſt ratio, ob quam IVLIANVS cogitationem mortalitatis a periculo mortis distinxit. In prima nempe ſpecie ponitur caſus: vbi traditio non acceſſerat; in duabus inſequentibus vero ſimul tradiderat donator rem donatam. Quum autem raro mortales, nulla premente cauſſa, ſi propter cogitationem mortalitatis donant, rem ſtatim tradant; frequentius vero illi donatores, quos ſubitaneus timor circumdat, donatariis ſtatim relinquant, hinc IVLIANVS duas poſteriores ſpecies potiſſimum caſui imminentis periculi adplicauit. Solent enim leges de eo quod plerumque fit disponere. Neque ergo a *L. 31. §. 2. D. de mort. cauſ. donat.* quidquam timendum mihi eſt. HALOANDRI emendatio textus, qui loco: *in periculum mortis*, ponit: *in periculo mortis*, eo minus ſpernenda eſt, quo concinnius hoc modo CAIVS cum reliquis ICtis in concordiam reducitur. Sed inſuper quoque ex CAII verbis hoc tantum colligere datur, quod donatio mortis cauſſa in euentum mortis facta cenſeatur, non quod expreſſe hoc adiici debeat. Tacite iam ineſt haec conditio ſuſpenſiua, quod deinde argumentis corroborabo.

§. XVII.

§. XVII.

Alter casus in *L. 2. all.* eo redit. Donator, expressa caussa mortis & periculi instantis, donat alteri, remque donatam tradens se declarat, quod statim fieri debeat accipientis. Natura donationis, quum effectum consideramus, haec est, vt, traditione etiam accedente, suspendatur effectus eiusdem. Rei donatae dominium statim in donatarium collaturus, exprimere hanc legem, natura donationis huius alias renitente debebat. Atque hoc fieri poterat, salua manente substantia. Minime vero HEINECCIO *ad Pand. h. t. §. 132.* consentio, quod hoc donationis genus magis sit morientis, quam mortis caussa donatio. Nam illis verbis: *vt statim fiat accipientis*, non tanta vis inest, vt irreuocabile ius transferatur; qua in re longe differt hic casus ab eo, qui in *L. 13. §. 1. & 35. §. 4. de mortis causs. donat.* profertur. Conditio resolutiua vero, vt restituatur si donator conualuerit, aut reuocauerit donationem, tacite in donatione mortis caussa comprehenditur. Ex his verbis autem: *vt statim fiat accipientis*, nulla ratione renunciatio reuocationi facta elicitur, quum non contraria sint, transferre dominium sub conditione resolutiua. Et dum expresse hoc fieri potest, quidni tacita etiam resolutiua conditio parem effectum habebit? Taciti nempe eadem vis est, atque expressi. Hinc recte dicit IVLIANVS *all. L.* hanc quoque mortis caussa donationem esse.

§. XVIII.

Progredior ad tertiam speciem *laud. L. 2.* Duo sunt casus, quibus legis verba componi possunt. Donator, in vitae discrimen adductus, hanc suae libe-

liberalitatis caussam exponens, alteri rem ita tradit, non vt statim fiat accipientis, sed tunc demum, quum mors fuerit insecuta. Et hoc quidem modo plerumque legem explanari video. Ego vero non mediocriter dubito, hiccine casus menti ICti conueniat. Ita enim nihil noui continetur, siquidem haec conditio omnibus mortis caussa donationibus tacite inest, ideoque separatam speciem non constituit. Ex mea vero sententia casus ita est comparatus: donator, videns vitam suam in periculum venire, nulla cogitatione mortis declarata, alteri donat, & tradit. Quod si itaque de reliquo nihil adiecisset donator, donatio inter viuos fuisset. Igitur opus maxime erat, vt donator hanc suspensiuam conditionem in mortem directam adderet, quo donatio mortis caussa adpareat.

§. XIX.

Ex his, quae hucusque tractaui, elucet, quid intuitu donantis requiratur, vt mens mortis caussa donandi constet. Vtrumque nempe, & animum donandi, & caussam mortis exprimere necessarium duxi. Vno deficiente, vel nulla est donatio, vel certe non donatio mortis caussa, siue haec caussa tamquam impellens, siue suspensiua, siue resolutiua exprimatur. Quibus instructis adserere non dubito, non excusandum errorem esse eorum, qui contendunt, in donatione mortis caussa, praeter cogitationem mortis declaratam, opus esse, vt donator etiam effectum donationis in euentum mortis, verbis expressis differat. In eo non dissentio, donationem mortis caussa sua natura in mortis casum suspendi. Sed vt eo nomine verba expressa requirantur, patienter non fero. Tacite hoc inesse, tam ex genera-

neralioribus principiis, quam ex ipsis legibus huius tituli probatum efficiam. Quod ob caussam datum est, caussa deficiente reperi posse, nemo negat. Quum ergo donatio haec ob caussam mortis fiat, consequitur, morte non secuta, euanescere donationem, & repeti posse donatum. Deinde copiosius iam ostendi, de quo pauci dubitant, donationes mortis caussa legatis, ratione effectus, non antiquo tantum, sed nouo quoque iure exaequari (§. 7.). Quis vero tam hospes in legibus est, vt ignoret, legata, sicuti reliquas vltimas voluntates, morte demum confirmari, ante mortem vero reuocari posse. *L. 4. D. de alim. vel transfer. legat.* Nunc, quo iure credis in donationibus mortis caussa aliud obtinere? Nullo certe.

§. XX.

Non ex his tantum oppido liquescit, conditionem suspensiuam tacite inesse, si donationi caussa mortis tantum adiiciatur, sed in ipso hoc titulo Digestorum quoque de mortis caussa donatione, aliisque locis absoluta se offert probatio. Adeamus MARCELLVM, ex quo sua depromsit IVLIANVS in *L. 13. §. 1. D. de mort. causs. donat.* Facti aliquas quaestiones in donatione mortis caussa notat, certo argumento, quod contrarium eius sit iuris, atque cum natura donationis mortis caussa conueniat. Has vero facti quaestiones exponit: *Si ita donatum, vt omni modo ex ea valetudine donatore mortuo, non reddatur: vt non aliter reddatur, quam si prior ille, qui acceperit, decesserit: vt nullo casu sit eius repetitio.* Quam ob rem, si hae facti quaestiones sunt, merito concluditur, quod iuris sit, vt donator quomodocumque donationem reuocare possit. VLPIANVS in *L. 30. D. eod.* expresse poenitendi facul-

facultatem concedit. Et quid aliud sibi vult PAVLVS in *L. 35. §. 3. eod.* verb. *Ergo qui mortis caussa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet vt cum conualuerit reddatur sibi*, quam vt hoc tacite subintelligatur? Verba me aucupari credis. Erras. Audi MARCELLVM *L. 34. D. eod. Mortis caussa donatio*, inquit. *etiam sic constitui potest, vt quid stipuletur in annos singulos, quoad viueret, scilicet vt post mortem promissoris incipiat actio.* Vltima verba absque omni dubitatione declarant antecedentem stipulationem, eam ob rationem, quod tacite donatio mortis caussa hoc comprehendat. Nam, si ipsa stipulatione hoc actum fuisset, in cassum rediret MARCELLI meditatio. Huius vitii autem eo minus accusandus est, quo strictius ex *L. 15. D. de manumiss.* quae eumdem auctorem habet, intelligitur, quod tacita conditio: si mors insequatur, donationi mortis caussa subsit. Dominus seruum mortis caussa manumiserat. Quo modo vero hoc intelligendum sit, definit. Digna est lex, vt tota oculis dissentientium opponatur. *Non dubitandum est*, inquit, *quod non ita tibi intelligendum est, vt ita liber esse iubeatur, vt, si conualuerit dominus, non fiat liber sed quemadmodum si vindicta eum liberaret absolute, scilicet quia moriturum se putet, mors eius expectabitur, similiter & in hac specie in extremum tempus manumissoris vitae confertur libertas, durante scilicet, propter mortis caussae tacitam conditionem, voluntate manumissoris, quemadmodum, cum rem ita tradiderit, vt moriente eo feret accipientis, quae ita demum alienatur, si donator in eadem permanserit voluntate.* Vel omnes sensus me fallunt, vel iure mihi victoriam vindico.

Oo §. XXI.

§. XXI.

Supereſt, vt de officio donatarii, quod *acceptatione* perficitur, paucis agam. Quantae hac de re agitatae ſint controuerſiae, paucis ignorum eſſe poterit. Ego vero huic certamini, quum e longinquo tantum meum argumentum tangat, prolixe non inhaerebo. Acceptationem donationi mortis cauſſa neceſſariam eſſe, conſtanter adfirmo. Neque opus duco leges ad probandum conſarcinare. Sufficiet demonſtraſſe donationem ſpeciem pacti eſſe (§. 2.). Pactum ſine alterius paciſcentis acceptatione in fumum abire, optime ſcimus. Si qui vero ſunt, qui vrgeant, donationem mortis cauſſa legatis eſſe exaequatam, ad quae acceptationem non requiri in propatulo eſt; ſciant, me nihil commoueri, qui ſupra iam dedi, quod haec comparatio ad formam non ſpectet (§. 7.). Ceterum non CICERO tantum in *Topicis cap. 8.* neque deditionem neque donationem ſine acceptatione fieri poſſe dicit, ſed MARCELLVS quoque in *L. 38. D. de mort. cauſ. donat.* eam inter mortis cauſſa donationem & capionem conſtituit differentiam, quod illa *a praeſente praeſenti* fiat. Haec ſi eſt dignoſcendi forma, prone ſequitur, acceptationem a mortis cauſſa donatione abeſſe non poſſe. Suffragatur quoque PAPINIANVS in *L. 75, & 77. ſ. 26. D. de legat. 2.* ex quibus liquido comparet, donationem abſenti factam tamquam fideicommiſſum ſeruari. Quod ſi autem donatio ſine acceptatione perficeretur, quid opus fuiſſet noua inuentione ad conſeruandam voluntatem? Quantum vero donationem mortis cauſſa & fideicommiſſum intercedat diſcrimen, vel ex hoc ſolo cognoſces, quod filius familias, qui mortis cauſſa donare poteſt, *L. 25. ſ. 1. D. de mort. cauſſ. donat.* fideicommiſſum condere nequeat. Adeoque ſi filius familias abſenti mortis cauſſa donet, hoc auxilium nihil adiuuabit.

XVIII.

DISSERTATIO

DE

DONATIONIBVS
INTER VIRVM ET VXOREM
NON IPSO IVRE NVLLIS.

§. I.

Altas in omnium fere ICtorum animis radices egit sententia: *quod donationes inter coniuges inualidae, imo, ipso iure nullae Romanorum legibus sint.* Equidem ab his diuortium facere constitui. Grauitas periculi, quod subeo, timorem animo iniciebat, quem relaxauit seculi humanitas. Seruitute coeci obsequii propulsata, libertas libere sentiendi delectat. Quid est praestantius bonitate & beneficentia bene posita? Idcirco & doni datio eximium beneficii genus habetur, & laudi ducitur. *L. 214. D. de V. S.* Vti vero omnis virtus nomen mentitur, nisi iustitia comes sit, ita & donatio immoderata in vituperationem venit. Impie profecto agit, qui, vitia lacessiturus, donat; intemperanter bona donis profundens, insanit. Contra ea, qui ad verum amorem significandum donat, functa beneficio mediocritate, tanto maiori laude ornabitur, quanto dignius hoc benefactum mortalibus aestimatur. Parum abest, quin turpe dictu reputem, quod Romani inter coniuges, ad mutuum amorem electos, reprobauerint, quod alios inter amicos in honore ponunt. Nec mores, nec leges tale iniquitatis monstrum alunt. Ecquid ergo est, quod tanti nominis ICtos circumdedit, vt virtutem inter virum & vxorem opprobrium fieri putauerint? Errant. Quoad autem intelligere mihi datum est, vno ex fonte errorum riuuli ducuntur: quod antiqua tempora mediis, media nouis immiscuerint. Non, quod tanta ignorantia labefactatam gloriam meritis celeberrimorum virorum opiner, vt quid conuentioni in manum, quid

moribus, quid SCto, ANTONINO & CARACALLA auctoribus condito, quid tandem Iuribus Codicis debeatur, obliuioni tradiderint; sed quod, immutatata licet rerum facie, regulam a vetustate oriundam, nouis, imo nouissimis scitis adcommodauerint. Factum inde est, vt nec legum interpretationes regulis respondeant. Quotquot enim commentationes perlegi, nulla fere diuersam ICtorum, quorum ex scriptis Digesta prodierunt, aetatem memorat, certe non respicit. Concordiam omnes meditantur, vbi discordiam ex temporum interuallo, iuriumque vicissitudinibus eruere par erat. Nullus dubitat, in hoc argumento diuersa tempora diuersam meditationem postulare. Ideoque curata animi pensitatione opus est, quo ICtos aetate dispares seiungamus. ICtus nempe, qui ante ANTONIVM & CARACALLAM floruit ad explicationem ICti, donationes inter virum & vxorem ordinantis, nihil penitus facit, nisi vt antiqui iuris commutatio pateat. Coaeuos vero, aut posterioris aetatis, ad vtrumque tempus pertinere, me tacente intelligis. Quanta vero haec non mediocris neglectio erroribus fomenta dederit, pronius ex tractatione patebit. Caussam, quoad viribus potero, enodabo, ita tamen, vt nec liberalitas penitus ex coniugum animis expellatur, nec spes largae messis, vel auaritiae, vel luxuriae, vel lasciuiae praebeatur. Furca est expellenda muliebris rapacitas, quam PLAVTVS *in milite glorioso Act. III. Sc. 1. v. 97.* & SENECA *Lib. VII. de benefic.* perstringit: auro vero pretiosior habenda *Nigrina*, cum temperatione generosa, a MARTIALI *Lib. IV. Epigr. 75.* laudibus exornata:

O felix

O felix animo, felix Nigrina marito,
Atque inter Latias gloria prima nurus.
Te patrios miscere iuuat cum coniuge census
Gaudentem socio participique viro.
Arserit Euadne, flammis iniecta mariti,
Nec minor Alcestin fama sub astra ferat,
Tu melius certe meruisti pignore vitae:
Vt tibi non esset morte probandus amor.

§ II.

Donatio est *actus, quo aliquid ex liberalitate in acceptantem transfertur.* Non comprehendi donationes propter nuptias, aliasque eius generis, facile est intellectu. Nolui proprias significationes impropriis immiscere. Quantum vero donum inter & munus sit discrimen curate docet MARCIANVS *L. 214. D. de V. S. Munus*, inquit, *proprie est, quod necessarie obimus, lege, more, imperione eius qui iubendi potestatem habet: dona autem proprie sunt, quae nulla necessitate iuris, officii, sed sponte praestantur, quae si non praestentur, nulla reprehensio est, & si praestentur, plerumque laus inest.* Quo nomine, licet non ignorem, MARCIANVM eo vixisse tempore, quo iam sectarum feruor deferbuerat, adeoque, vt passim exempla docent, hercifcundis ICtis interfuisse, tenacem tamen in retinenda vocum proprietate, & hac ex parte Sectae Proculianae proniorem eum conspicimus. Inde MARCIANVS, quum primo quid apposite dicendum sit exposuerit, deinde, ingemiscens quasi de remissiori aetate, loquitur: *Sed in summa in hoc ventum est, vt non quodcunque munus, id & donum accipiatur, at, quod donum fuerit,*

 id

id munus recte dicatur. Inuasisse autem hanc verborum perturbationem PAVLVS *L. 18. D. de V. S.* & VLPIANVS *L. 184. eod.* demonstrant.

§. III.

In diiudicanda donationum validitate, requisita maxime in considerationem veniunt, eo redeuntia: *in donante & voluntas & facultas requiritur.* Facultas vero non personas tantum, quas vel natura impediri, vel legibus prohiberi scimus, sed res quoque, quae lege, conuentione, vel vltima voluntate eximuntur, respicit. Deinde & *donatarii acceptatione* opus est. Hunc, nisi intellectione careat, natura nihil impedit. Leges tamen quosdam inter homines, speciali ex ratione, donationes cohibent. Quae, quum fusius in omnibus commentationibus tractentur, integra non commemoro: &, quam vellem, vt & antiquam illam controuersiam, qua agitatur quaestio: anne donatio ad modos adquirendi dominium iure referatur, sicco pede transgredi possem. Sed, quum penetret in caussam peragendam, nihil dubito adserere: donationem pacti speciem esse. Rei veritas vel inde patet: quod pactum duorum pluriumue in idem placitum consensus sit *L. 1. §. 2. D. de pact.* Quod autem donationi conueniat haec legum definitio non ambigitur. Haec dum ita sunt, contra illos merito facio, quos donationem mediis adquirendi dominium adnumerare non pudet. Decebat titulum siue caussam adquirendi, dicere donationem, non ipsa tantum re, sed & IVSTINIANO docente *in §. 40. J. de rer. diu.* his verbis: *Sed si quidem ex caussa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex caussa tradantur, sine dubio trans-*

transferuntur. In promtu eſt dicere, vnde error coaluerit. TRIBONIANVS *Pr. J. de donat. eſt & aliud genus*, inquit, *acquiſitionis donatio*. Ex quo factum eſt vt interpretes, modum adquirendi definitum credentes, operam nauauerint, quo concordia redintegretur. Vereor, ne, conſenſum meditantes locorum, leges in diſcrimen traducant, ne honorem *Triboniani* ſeruaturi, gloriam conſpurcent.

§. IV.

Adiutricem manum plerique commentantium adtulerunt, pauci auxilium praeſtiterunt. A temporum viciſſitudinibus conciliationem deriuat IANVS A COSTA *Comment. ad Inſt. ad pr. J. de donat.* atque ſibi ipſi ſuaſor eſt, vt haec *Triboniani* verba de antiquo iure, quo donationes, pactorum nudorum indolem habentes, mancipatione, aut traditione fiebant, intelligantur, nihil vero ad IVSTINIANI tempora pertineant. Eadem caſtra ſequi videtur HEINECCIVS *Antiqu Rom. ad Inſtit. L. II. Tit. I. ſſ. 22.* dum inter duodecim modos adquirendi Iuris Quiritium expreſſe donationem commemorat. Haec omnia ad temporum rationem ſi dirigas, vera non ſunt, ſin perpendere ad *Triboniani* defenſionem velis, ſollicitant cauſſam. Videamus quoad ea, quae de priſco iure relata ſunt, veritati conſentiant. Maximum omnino antiqua inter & noua iura cernitur diſcrimen. Olim enim donatio, ſolo conſenſu celebrata, ex genere nudorum pactorum habebatur, nihilque obligabat promittentem. Mancipatione demum, vel traditione adhibita, effectum ciuilem ſortiebatur. Diuertit procul inde Ius Codicis, dum IVSTINIANVS *in L. 35. §. 5. C. de donat.* etiam promiſſionibus

donationum, accedente acceptatione, virtutem dedit, vt efficax actio fit ad promiſſum adimplendum. Ex eoque pactum, vt vocant, legitimum promanauit. Recta haec ſunt. Sed operam dando, vt donatio fuerit modus transferendi dominium, oleum perdis. Quod ſi enim donationi acceſſerit traditio, vel mancipatio, hae ipſae modum adquirendi conſtituunt, donatio cauſſam, ſiue titulum praeſtat. Profecto, ſi donatio modus eſſet, conſequeretur, in hoc vno negotio duos interuenire modos, cui ſententiae Iurisprudentia Romana non ſuffragatur. Itane donatio modus erit adquirendi donationem? Tam autem hoc turpe eſt dictu, quam indignum foret, traditionem modum adquirendi traditionem eſſe contendere.

§. V.

Mediocres hi errores illi videbuntur, qui in THEOD. MARCILII *Annotationes ad Inſtitt. ad Pr. Inſt. de donat.* inciderit. Non enim eam tantum iam exploſam ſententiam adoptauit, ſed iuxta CVIACIVM vellicauit, *in Obſ. Lib. X. c. 28.* negantem, donationem iure nouo adquirendi modum eſſe. Audiamus egregiam ad conciliandum TRIBONIANVM inuentionem. Contendit, IVSTINIANI aetate donationem ſolo conſenſu, ſine traditione, perfici. Largior. Infert, transferri ſtatim rei donatae dominium. Nego. Auxilium poſcit a *L. 35. C. de donat.* Monſtroſa probatio. Eheu! Praeterquam enim, quod nec verbum quidem cogitationem de dominio excitet, ſed lex tantum donationem promittenti eius adimpletionem iniungat, vti verba ipſa ſtrictim commonſtrant; ex eo quoque oppido contrarium

trarium patefcit, quod IVSTINIANVS duplicem cauffam obligationis ad fatis faciendum promiffioni donationis exhibet; alteram a ftipulatione petit, alteram, ex nuda promiffionis acceptatione, noua hac lege ordinat; eoque modo donationem, nudo pacto promiffam, ftipulationi effectu exaequauit. Quid ergo inde probationis *Marcili?* Sifyphi faxum voluis. Tantum enim abeft, vt dominii probatio ex hac lege exfculpi poffit, vt potius euidenter obfiftat. IVSTINIANVS ita fancit: *Sin autem hoc minime donator expreſſerit ſiquidem ſtipulatio donationi inſerta ſit, ex eius auctoritate traditionem compelli fieri; ſin vero & hoc praetermiſſum ſit, nihilominus ex lege noſtra neceſſitatem ei imponi, etiam tradere hoc, quod donare exiſtimauit: vt non ex hoc inutilis ſit donatio, quod res non traditae ſint: nec confirmetur ex traditione donatio, ſed liberalitatem plenam, & ſecundum legem noſtram perfectiſſimam conſtitutam, neceſſarius traditionis effectus ſequatur.* Itaque conftat ex hac fanctione: donatarium aduerfus donantem agere poffe ad tradendum, quo nempe dominium transferatur in accipientem. Eoque nomine inauditum foret, dominum eum effe, qui demum ad adquirendum agit. Non eft cauffa cur dubites de verbis: *nec confirmetur ex traditione.* Procul a veritate diftares, alium intellectum adfingendo, quam quod confirmetur donatio, recte acceptata, per hanc legem, etiam fine traditione, quo actio fit ad petendam traditionem. Vt ante traditionem translatum fit dominium, nullo iure credis, temere credis. Cogita quoque, quam differant verba: *tradere: reſtituere.*

§. VI.

§. VI.

Ex his a me expositis, nisi nimis mihi adsentior, indubitatum efficitur, has interpretationes a vera defendendi via aberrare. Quid sentiam, paucis dabo. Creditu indignum mihi videtur, TRIBONIANVM, licet eum ab omnibus erroribus, in compilatione obuiis, purgare nolim, in tantum delapsum esse vitium, vt, capitalia donationis principia hoc in titulo traditurus ex antiquatis iuribus ea repetere voluerit. Non fugere eum potuit IVSTINIANVM per *L. vn. Cod. de nud. iure Quirit. toll.* omne discrimen, quod antiqua tempora dominium inter bonitarium & quiritarium statuebant, sustulisse. Constitutio haec sine die & consule Codici inserta deprehenditur. Equidem procliuis non sum ad PETRI FRANCISCI LINGLOIS sententiam in *Decis. L. ad h. L.*, qui eam in censum quinquaginta IVSTINIANI Decisionum refert. Meditationi quidem *Inscriptio*, *ad* IVLIANVM *Praefectum Praetorio* directa, suffragari videtur, quum solita sit nouis Imperatoris Decisionibus; sed indoli, quam IVSTINIANVS *in §. fin. Instit. de libert.* depingit, ex asse non respondet. Mallem itaque eam in numero nouarum Constitutionum habere, quae a Decisionibus, proprie dictis, multum distant. Hoc tantum tuto adseram, hanc Constitutionem ante Digestorum & Institutionum compilationem promanasse. Incredibile enim est, si eo tempore distinctio inter dominium bonitarium & quiritarium, in qua principale punctum Iurisprudentiae versabatur, pristinum tenuisset vigorem, quod in Digestis & Institutionibus, de re hac praestantissima, nec vola nec

vesti-

vestigium inueniretur. Cui itaque haec coniectura placet, facile intelliget non excusandum errorem, si ex memoria obsoletorum defluxerint verba *in laud.* §*pho Inst.* prolata. Ponamus autem, TRIBONIANVM, Institutionum compositionem dirigentem & adiuuantem, nihil hanc Constitutionem, forsitan quod postea demum fuerit edita, respexisse; supra tamen egi, opinor satis, vt demonstrarem: etiam veterrimis temporibus donationem caussam tantum dedisse, aliosque insuper modos adhibendos fuisse. Eoque magis TRIBONIANVM offendit, quidque ex hac caussa ad defensionem trahitur. Intacta autem & illibata gloria seruabitur, si TRIBONIANI *verba* de ratione, siue caussa adquisitionis, interpretemur; quem in sensum saepius in Iure nostro deflectere verbum *genus*, docet BRISSONIVS; eaque mihi praestantior aliis videtur conciliatio. Scio ad donationem mortis caussa haec verba restringi, de qua non dubitatur, quod & olim, cum legatis exaequaretur, ipso iure dominium morte donantis transierit. Sed aegre in has partes discedo, quum honor TRIBONIANI titubet.

§. VII.

His confirmatis principiis, deproperandum est ad exsequendum propositum. Commemorat CICERO *in Topicis* duplex vxorum genus. Alterum earum, quae in manum mariti conuenerant, alterum, quae vxores tantum erant. In manum autem mariti triplici modo conueniebant vxores, per confarreationem, coemtionem, & vsum. Operam huic peruestigationi nauandam leuarunt scriptores in antiquitatibus versatissimi, BARN. BRISSONIVS,

HENR.

HENR. BROVWER, ANTONIVS & FRANCISCVS HOTTOMANNI, *veterem nuptiarum ritum, & connubiorum iura* ex liquidis fontibus haurientes. Noſtra tempora ornat *Cel.* GRVPEN cuius elegantiſſima *tractatio: de vxore Romana* exſtat. Praeſtantiſſima ex omni viciſſitudine temporum coegit; a me tamen impetrare non potui, vt nuncium illis mitterem, qui deductionem ad domum antiquae nuptiarum formae neceſſariam eſſe contendunt. Qua de re alio tempore dicam, hoc tantum monito: leges *ab ipſo in Praefatione* adlatas, tanto minus auctoritatis praeſtare, quanto luculentius ipſe demonſtratum iuit *in all. tract. Cap. VII. §. 2.* in legislatione IVSTINIANI neque in Pandectis, neque in Inſtitutionibus, neque in Codice aliam ſpeciem vxorum, quam earum quae vxores tantum habebantur, nullam earum, quae ſimul in manum conuenerunt, occurrere. Pereximius hic labor me, antea in hac ſcrupuloſa re haeſitantem, totum ad ipſius voluntatem compoſuit; nouam tamen, de qua dixi, dubitationem animo obmouit.

§. VIII.

Quod ſi itaque donationes inter virum & vxorem, circumſpecta temporum & iurium varietate, penſitamus, aetas vetuſtiſſima, vigente conuentione in manum, primum occupat locum. Succedit altera, quae moribus debetur; quam excipit SCtum ad ANTONINI & CARACALLAE orationem factum. Poſtremo iura Codicis conſiderantur. Videamus ergo, quid de donatione inter virum & vxorem, quum vxor in manum mariti venerit, ſtatuendum ſit. Non ſubſtitiſſe donationes facile liquet. Quotquot vero leges Romanae enarrant rationes, quibus donationes inter vi-

rum

rum & vxorem circumscribuntur, nulla harum conuentioni in manum adcommodari potest. Vna, & sola sufficit, sita in patria potestate, quam per conuentionem in manum maritus nanciscebatur. Manus namque potestatem significat, quod & leuiter tinctis notum est. Idcirco etiam vxorem in manu mancipioque mariti esse dicit GELLIVS *Noct. Attic. lib. 4. c. 3.* Et tamquam suus heres vxor viro defuncto succedit, ex antiquissima *Romuli lege*, docente DION. HALICARNASSAEO *L. 2.* & BALDVINO *ad leges Romuli.* Iam vero omnino expeditum est, filiumfamilias inter & patrem, ob patriae potestatis vinculum, nullam obtinuisse donationem, *L. 1. §. 1. D. pro donato.* Mansit & hoc Iure Codicis illibatum, *L. 17. C. de donat.* nisi quod filio in castra eunti donare permissum sit, *L. 4. C. famil. hercisc. L. 1. C. de castrensi pecul.* atque morte patris, donationem non reuocantis, confirmetur. *L. 25. C. de donat. inter vir. & vx.* Indubitatum itaque his quoque temporibus, quibus consuetum erat, vt vxores in manum mariti conuenirent, donationes inter coniuges subsistere non potuisse. Ex quo facile erit intellectu, PLVTARCHVM rem acu haut tetigisse, quum in *L. 20. de praecept. connub.* hanc reddit rationem: vt coniuges nullius rei participes fierent, sed omnia communia iudicarent. Profecto, demonstrari nequit, vel antiqua, vel media, vel noua Romanorum tempora, veram inter coniuges communionem, & vniuersorum quidem bonorum, pluisse; tametsi non negem, aliquando coniuges per pacta dotalia talem societatem constituisse. *L. 17. §. 1. D. solut. matrim. L. 16. §. 3. D.*

de

de aliment. & cibar. leg. Pessimo autem consilio haec ad conuentionem in manum traducuntur. Patria enim potestas maritis in vxores eius generis competens, quae omnium bonorum vxoris dominium marito vindicat, haut patitur hanc societatem. Nihil commoueor loco DION. HALIC. *Antiquit. Rom. L. 2. c. 4.* & COLVMELLAE *de re rustica L. 12. c. 1.* Vera bonorum societas exinde nullo negotio deducitur. Quum vero antiquum tempus haec loca sine dubio sapiant, credendum omnino est scriptores ad suorum heredum conditionem respexisse, quae effecit, vt sui heredes quod nomen ipsum docet, viuente patre iam simul pro dominis rerum paternarum haberentur. *§. 2. I. de hered. qual. & differ. L. 11. D. de liber. & posth.* His si composueris, vt antea exposui, vxorem quae in manum conuenerat ex eodem genere heredum fuisse, facilis ad conciliandum via patebit.

§. IX.

Transeo ad iura in Digestis commemorata. *Prima* statim *L. in Tit. de donat. inter vir & vxor.* de receptis apud Romanos moribus loquitur. Dicit VLPIANVS *in L. 1. all. tit. Moribus apud nos receptum est, ne donationes inter virum & vxorem valerent. Mores maiorum* appellitat in *L. 3. ei. tit.* Latissime patet haec locutio. Sed magno labore omnem meditationem, de diuersis in iure nostro eo nomine occurrentibus significationibus, instruxit *Cel.* 10. GOTHOFR. RICHTER in *Dissert.* elegantissima: *de moribus Maiorum.* Inter alias, vt occasione legum tulit, expositas, hanc meam facio: *quod mores sint ius populi Romani, quod ex diuturna similium obser-*

uatio-

uationum, ac institutorum vsurpatione ortum erat, quodque tacito consensu populi, sine scripta lege, custodiebatur. Conformabo huic luculentae descriptioni explicationem legum ex VLPIANI scriptionibus collectarum. Irrumpunt plerique in CVIACIVM in *Paratitl. ad Dig. tit. de donat. inter vir. & vx.* Contendit nempe, nulla adiecta demonstratione, ex Graecia, atque Atheniensium Legislatore haec migrasse in Rempublicam Romanam; quin ex fonte Romanae Iurisprudentiae, legibus nempe XII. tabularum petit. Equidem, si stricte dixisset, his legibus expressim prohibitas esse donationes inter virum & vxorem, increpantium societatem adirem. Sed sagacitas huius viri, antiquitatibus familiaris, suauiorem animo tradit cogitationem. Quo pressius loquitur CVIACIVS, eo certius credi potest, eum caussam a prima origine reuocasse. Quantum sit, quod Romani vel ex Hebraeorum, vel ex Graecorum scitis in suam vtilitatem traduxerint, adcommodauerint, & non raro in melius, vel deterius produxerint, non ignorant, quibus cordi est scire Iurisprudentiae Romanae stamina. Athenienses autem patriam potestatem in suos liberos exercuisse, licet tanti rigoris, quem Romani induxerunt, plena non fuerit, forte quod benignius de liberis, naturali amore instincti, sentirent, dubitatione vacat. Docet illud locus ab OISELIO *ad Caii Inst. L. 1. tit. 3. §. 2.* ex SEXTO EMPIRICO *l. 3. Pyrrhon. hypoth.* laudatus, atque ipse DION. HALIC. *l. 2.* comparando Graecas leges Romanis, non diffitetur, Graecos quoque patria potestate vsos esse. Ex eodem vero DIONYSII loco & hoc luculenter euin-

 citur,

citur, pleniores, & feueriores quodam modo effe-ctus a Romanorum legibus ortum ducere. Fons & caput eft in legibus *Romuli*, vt *fragmenta*, quae extant *Iuris Papyriani*, oftendunt, eoque facit *Lex XVII.* a PARDVLPHO PRATEIO *in Iurisprudentia veteri, ex Romuli legibus reftituta.*

§. X.

Sed an ille quoque effectus: quod liberi nihil proprii habuerint, omnia vero patri adquifiuerint, ex eodem fonte dimanauerit, nondum fatis expeditum mihi videtur. Adfirmant hoc plerique, auxilium a SEXTO EMPIRICO *Pyrrhon. hypoth. III.* 24. SENECA *de benef. lib. VII. c. 4.* DION. HALIC. *Antiquit. Roman. L. VIII.* SVET. *in Tiber. c. 15.* petentes. Sollicite vero mihi inquirenti in rei veritatem, hoc tantum iudicium relictum videbatur, antiquam hanc fuiffe obferuationem; Romuli vero aetatem haec adtingere recte inde non conficitur. Quin DIONYSIVS in *L. 8.* vbi hac de re veftigium inuenitur, fupplicium a Caffio tyrannidis accufato fumtum, vltro citroque penfitatis rationibus, commemorat. Incidit haec hiftoria in annum ab V. C. CCLXIX. Longiffime ergo difiungitur augurium, quod Romuli tempora ante oculos habuerit. Immo, quum DION. tantam curam in referendis legibus Romuli de patria poteftate eiusque rigore in *Lib. 2.* defixerit, vt & quid differant Solonis leges ab his Romuli contentiofe explanauerit, difficile mihi eft creditu, eum rem tanti ponderis obliuioni tradidiffe, ex tanto demum interuallo hac de re dicturum. Quamquam igitur de hac aliorum diuinatione iure dubito, hoc tamen opinor certiffimum effe, in

Legg.

Legg. XII. Tabb. memoriam relatam inueniri. Pleraque fragmenta de eo silent. Recte tamen PARD. PRATEIVS in *Iurispr. veteri ad LL. XII. tabb.* secundam legem, ex ALEXANDRO AB ALEX. *Dier. gen. L. 6. p. m. 326. in fine* ita restaurat: *neque filiis quidquam in bonis viuentibus parentibus esto.* Indubitata res est ALEXANDRVM de LL. XII. tabb. loqui. Paulo enim ante dicit: *Extant quoque (vt multi asserunt) Hermodori Ephesii, legum decemuiralium primi interpretis, scripta relata, cuius statua ob id fuit comitiis erecta* &c. Paucis interiectis pergit: *Ex. his non alienum fuerit aliqua, licet nimis peruetusta & obsoleta, annotasse.* Tandem, inter varia ex his antiquis enarrata, *neque*, inquit, *filiis quicquam in bonis esse, patribus viuentibus, voluere, nisi patrio iure emancipatione solutus foret.* Nolim putes, me eo dilabi, vt inde a legibus Solonis, ex Graecia Romam perlatis, hunc patriae potestatis effectum deducam. Quin, contendo, longo ante conflatas LL. decemuirales tempore apud Romanos haec tenuisse. Euidenter hoc ex DIONYS. HALIC. *loco supra allegato ex Lib. VIII.* patescit. Quae enim ibi refert, in haec tempora incidunt, quibus ne cogitatum quidem de Legatis in Graeciam mittendis erat. Suspicor itaque, hanc patriae potestatis efficaciam vere ex moribus Romanorum, domi sensim coalescentibus, dimanasse. Forsitan & hoc mihi dabitur, auaritiam, quae Romanorum animos inuaserat, conquerente LIVIO *L. 34. C. 4.* fomenta praestitisse, vt patriam potestatem, ad directionem liberorum magis erectam, ad lucrum pariter porrexerint. Dum haec ita sunt, facile est cogni-

tu, cur moribus prohibita dicatur don. inter v. & vx. Ante enim iam expositum est, conuentionem in manum vxorem mariti patriae potestati subiecisse, idque ex lege Romuli defluxisse, testis est DIONYS. HALIC. *L.* 2. ex quo PRATEIVS *Romuli Legem XIV.* composuit: *filia, vti patri, ita defuncto viro mulier heres esto.* Quo nomine etiam hoc consequitur: vxorem in patria viri potestate fuisse.

§. XI.

Moribus itaque donationem inter v. & vx. non valere recte dicitur. Quod si tamen aliis hae displicuerint meditationes, sciant illi fortiora me argumenta exspectare. Quid vero, si etiam probaretur caussam & ortum a Romulo repeti posse? Nihil tamen impedit, quo minus moribus adscribatur. Nam &, quod regiis legibus debetur, morum nomine venire in iure nostro, plenius constat, & de patria potestate *L. 8. D. de his qui sui vel al. iur. sunt*, probat. Ex his adductis prone defluit, VLPIANI verba, ad mores composita, non nouiora tantum tempora ante SCtum, sed antiqua pariter respicere. Idcirco errant, qui mores hos solummodo ad hoc mulierum genus, quae vxores tantum erant, restringunt. Vetustae nempe aetati non ignotae erant vxores, quae in manum non conuenerant. CICERO, vt supra tradidi, *in Topicis* earum mentionem facit, exemploque est vxor, cuius meminit in *Orat. in Verrem L. 3. c. 22*, quum de *Xenone Menone* ita scribit: *Dicebat ille, non modo se non arasse id, quod satis erat, sed nec dominum esse eius fundi, nec locatorem vxoris* (alii vxorem legunt) *esse, eam ipsam suum negotium gerere, ipsam loca-*

locauisse. Quam autem haec aliena sint ab vxore quae in manum conuenerat, quilibet intelligit. Hoc vero animum in ancipiti tenebat, qua ratione hi mores, vxoribus magis, quae in manum conuenerant, proprii, ad alterum mulierum genus porrigi possint. Mirari autem desii, mecum repetans, frequenter contingere vt mores, licet mutato statui non aequabiles, retineantur. Accedit alia, a lasciuia mulierum & rapacitate, his temporibus ingrauescente, ducta ratio. Hinc PLAVTVS *in Penul. Act. I. Sc. 2.*

Negotii sibi qui volet comparare
Nauem & mulierem haec duo comparato,
Nam nullae magis res duae plus negotii
Habent, forte si occeperis ornare,
Neque vnquam satis hae duae res ornantur,
Neque eis vlla ornandi satis satietas est.

Legi meretur descriptio ornamentorum in SENECA *de benef.* L. *VII. c. 9.* & TERTVLLIANO *de habitu muliebri.* O tempora! O mores!

§. XII.

Erit itaque extra dubitationis aleam positum, prohibitionem donationum inter coniuges moribus, non scriptae legi, deberi. Agitare caussam videtur ALEXANDER AB ALEX. *Dier. Gen.* L. *II. c. 5.* Dicit enim: *dona vero & munuscula virum ab vxore vel contra accipere legibus erat & scripto iure vetitum: nefas existimantes, quod legitimus amor coniunxit donis videri potius allici, quam coniugali amore conciliari.* Sed, siue legem Etruscae genti propriam,

 siue

siue Romanis & Graecis communem intellexerit, memoria huius rei gestae deest. Forsitan respexit ad legem *Solonis & Lycurgi*, dotis constitutionem refrenantem, cuius meminit in L. *IV. c. 8.* quam ex eodem & *Plutarcho*, PARD. PRATEIVS *all. libr. leg. Sol. XXIII.* ita exhibet: *vestes tres & parui pretii vasa, aliud praeterea nihil importanto nuptae.* Nihil haec lex, si est certa, ad Romanos pertinet. Dotis caussa apud Romanos numquam eadem, semper diuersa a Graecis fuit. Omnia enim bona, quum mulier in manum conuenit, quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine. CICERO *in Top. IV.* Immo ex ipsa hac lege obtorte satis ducitur, omnem circumscribi donationem.

§. XIII.

Tempus monet, vt leges Pandectarum adeam, rationesque scruter. Contigit huic iuri, quod contingere non potuisset, moribus in tabulas relatis, vel si scripta lex ab initio adfuisset, vt adeo vaga & confusa notitia eius exstiterit temporibus ante Iustinianum, vt ne tenorem quidem receptae moribus sententiae eundem omnes crediderint; quod attente ponderatis legibus liquet. Hinc seges rationum. Agmen ducit PLVTARCHVS *Roman. Quaest. Tom. II.* semen dubiorum spargens. Series rationum recensitarum vberrime declarat, locorum, temporum, rerumque vicissitudines ita negligi, vt commixta dissimilia, omniaque turbata intelligantur. Perstrinxit rationum varietatem BÖHMERVS *Diss. de statu donationum inter virum & vxorem antiquo & hodierno §. 21.* Quod vero a *sequenti §pho* longe absit mea sententia, ex supra enarratis conspicuum erit.

Prin-

Princeps contentio mihi est, cum Iureconsultis, quorum scripta tenet Digestorum titulus. Efflagitat rei dicendae grauitas, vt viginti inter Iureconsultos, quorum hic titulus mentionem facit, selectionem habeam. Quantam enim vtilitatem adferat aetatis Iureconsultorum distinctio, superuacaneum foret dicere. Remissius autem haec tractari, docent omnes fere commentationes.

§. XIV.

Duplex legum in hoc titulo est facies. Altera *mores*, altera *Orationem* SEVERI & ANTONINI praesentat. Operae igitur pretium erit Iureconsultos his Imperatoribus coaeuos, vel posteriores, ab anterioribus seiungere. Quemque horum suae aetati tradam. *Labeo* & *Alfenus Varus* sub AVGVSTO: *Proculus* sub CLAVDIO: *Iulianus*, *Iauolenus*, *Neratius*, *Priscus*, *Celsus filius*, & *Caelius Africanus* sub HADRIANO. *Caius*, *Pomponius*, *Marcellus*, *Clemens* & *Ceruid. Scaeuola* sub ANTONINIS floruerunt. Sub SEPTIMIO SEVERO & ANTONINO CARACALLA *Papinianus* & *Tryphoninus:* sub ALEXANDRO SEVERO *Vlpianus*, *Paulus*, *Rufinus:* sub GORDIANO & PHILIPPIS *Modestinus:* sub CONSTANTINIS *Hermogenianus* vixerunt. Stomachum mihi illi faciunt, qui leuaturi operam, leges ad trigesimam secundam vsque ad mores, sequentes vero leges ad nouam ordinationem Senatusconsulti referunt. Perpendas quaeso, *legem 23*. quae tota ad nouam a Senatusconsulto additam formam spectat. *Post legem 32*. pariter pleraque legum pars ex iis Iureconsultis depromta est, quorum cineres tantum *Seueri & Antonini* aetas seruauit. Quis est ita-

que omnium tam ignarus rerum, tam rudis in interpretationum principiis, vt ICtorum, a SEVERI & ANTONINI tempore remotorum, scripta, ad noua Senatus scita adplicare cogitet?

§. XV.

MARCELLVS fortasse, *in L. 45. de donat. inter vir. & vx.* SCti memoriam tenens, vexat veritatem? Vmbram times, MARCELLVS ita scribit: *etiam eum detrahere, sine mulieris damno, & citra metum SCti quod detrahentibus negotiationis caussa occurrit.* Quae obscurius hic tradit MARCELLVS, plenius ex ipso refert VLPIANVS in *L. 43. §. 1. D. de Legat. 1.* Discis exinde MARCELLI sententiam: posse maritum, si diaetam in horto dotali fecerit, ea detrahere, quae vsui eius futura sunt, sine mulieris damno. Ex qua lege restringitur, quod generaliter ante ab eodem VLPIANO, vi SCti dictum est in *L. 41. §. 1. eod.* Testante hac lege, factum hoc SCtum ad Orationem HADRIANI *M. Acilio Auiola & C. Corellio Pansa Consulibus.* Ad plenam quoque cognitionem huius SCti facit *L. 52. D. de contrah. emt.* & *L. vlt. D. de damn inf.* Conf. LABITTI *Vs. Ind. Pand. c. 5. §. 32. Lex* denique *2. C. de aedif. priu.* ostendit iam ante HADRIANVM, VESPASIANVM hac de re edixisse. In dubium hoc vocat CVIACIVS *Lib. V. Obs. c. 26.* existimans, vel SCtum aliud, quo Edictum VESPASIANI confirmatum, non illud HADRIANI tempore conditum intelligi, vel errorem in nomine Imperatoris versari. Vtrumque non accurate, nec cogitate satis. Edicta Imperatorum SCtis confirmari leges laudatae non probant. Nec vt errorem increpemus opus est. Vero est similius,

VESPA-

VESPASIANVM *Legem XII. tabularum*, tignorum alienorum, aedificio iunctorum, vindicationem prohibentem: ne vrbs ruinis deformetur, latius produxisse, vt numquam negotiandi caussa aedificia & marmora, aliaque praediis affixa, detrahere liceat. Quod eximium institutum eo vsque porrexit HADRIANVS, vt nec ea quouis alio modo, v. c. legato per *Leg. 41. D. de legat. 1.* alienare permittat, simulque dupli poenam statuat. *L. vlt. D. de damn. inf.* RENAT. BOTTEREAV *in Hadriano Legislatore ad Annum Imperii VI. §. 1.* *Marcellum* itaque in *laud. Lege 45.* negligere tam Edictum, quam SCtum contendis. Ita est. Propter ea tamen non est vellicandus *Marcellus*. Maritus enim, dum sine vxoris damno haec a diaetis detrahit, sibi profutura, non negotiationis, non alienationis caussa hoc facit, sed vt sibi seruet, nec impensas amittat. Recte ergo dicit: *SCtum ipsi impedimento non esse.* Mecum nunc conuenies, huius aetatis ICtos solum moribus explicandis deseruire. Idcirco si intellexeris, *Noodtium*, aliosque *Iulianum*, tamquam interpretem Orationis *Seueri & Antonini*, consulere, hoc tibi officii datum cogita, vt primum tantum Orationis caput exinde explanes. Prima autem pars, vt consuetum est in Principum Orationibus, historicam narrationem iuris, quo ad hoc tempus vsi fuerunt Romani, continet. Quod vero ICtos, tempore SEVERI & ANTONINI, aut postea florentes, adtinet, dubio vacat, eos & antiquum & nouum rei statum informare. Agas tamen circumspecte in adplicando, ne te opinio fallat.

§. XVI.

Ordo me ducit ad diiudicandas rationes diuerfas, a variis ICtis traditas. Veras cauffas fupra iam recenfui. Quoad hae conueniant videamus. Concinna eft illa VLPIANI in *L. 1. D. de donat. inter vir. & vxor. ne mutuato amore inuicem fpoliarentur, donationibus non temperantes; fed profufa erga fe facilitate.* Concinnam voco, verfa cogitatione in illas vxores, quae in manum non conuenerant, alias flocci pendet. Ceterae, vel temporariae, vel inanes confpiciuntur. SEXTVS COECILIVS, referente PAVLLO *L. 2. eod.* hanc fubornat; *quia faepe futurum effet vt difcuterentur matrimonia, fi non donaret is qui poffet, atque ea ratione euenturum, vt venalia effent matrimonia.* Licet alii defenfionem parent, tam modicum tamen temporis inueni, quod hanc rationem in Romana republica fert, vt ficulneam potius reputem illam *Caecilii* rationem. Indubitatum reddit GELLIVS *Noct. Attic. Lib. IV. c. 3.* fcribens: quingenis fere annis, poft Romam conditam, nullas rei vxoriae actiones, neque cautiones in vrbe, aut in Latio fuiffe, quia profecto non defiderabantur, nullis etiam tunc matrimoniis diuertentibus; primum deinde *Sp. Caruil. Rugam* ob fterilitatem vxorem dimififfe. Immo & ab aliis relatum legimus, fexcentis fere annis, exemplum de diuortio non effe memoriae proditum. *Cel.* OTTO in *Praef. ad Tom. IV Thefaur. Iur. Rom.* Non e longinquo ergo intelligitur, eis temporibus diuortia anfam his moribus praebere non potuiffe. *Anno poft V. C. DCCLXII.* AVGVSTVS *Lege Iulia de maritandis ordinibus*, diuortiis ingrauefcentibus, modum impofuit. SVETONIVS in *Aug. cap. 34. in fine.*

Poenas

Poenas nempe soluti, vel mariti, vel vxoris culpa matrimonii, sanxit, vt videre est de priori casu in *cap. XXI.* Sequens pars, de altero agens, redintegrari potest ex VLPIANI *Fragm. tit. VI. de dot. §. 10.* & PAVLLI *Fragm. ex Institut. Libro secundo tit. de dotibus, quod* SCHVLTINGIVS *Fragm. sententiar. recept.* adiecit. Vtrisque fragmentis fructuosa erit lectio vberrimarum eius obseruationum. Caussas igitur, nisi poenam subire voluerit diuortium faciens, sine dubio in medium proferre debuit. *L. 60. §. 1.* & *L. 61. D. de donat. inter vir. & vxor.* Iusta caussa esse non poterat denegata donatio, quum prohiberetur moribus. Prohibitionem vero non metus diuortii excitauit. Poena potius satis comprimebat diuertendi libidinem. Insecuta deinde tempora non relaxarunt frena, quin compresserunt; cerebro igitur COECILII, non moribus debetur haec ratio. Noli credere, verba VLPIANI in *L. 3. cod. haec ratio ex oratione Imperatoris nostri* ANTONINI AVGVSTI, *electa est etc.* COECILII rationem stipare, quae potius ad VLPIANI caussam in *L. 1.* traditam referri merentur.

§. XVII.

Interim ingenue fateor glomeratas rationes in *oratione*, si postremo loco positam excipio, mediocre pondus habere. Amorem honestum maiores solo animo aestimarunt. Ita erat, & erit omni aetate. Commune est veri amoris inter mortales principium, non coniugibus proprium. Amicitia autem, ex amore conflata, an cautam & moderatam beneficentiam damnat? An famae coniunctorum consuli credis, si officia amoris inhumane expellantur? An concordia pretio conciliata videbitur, quum liberalitate non dissoluta

ſoluta animus, haut meretricio amore imbutus, demonſtretur? Pellamus a legibus noſtris inhumanitatis ſuſpicionem. Nihil valent conſarcinatae hae rationes, niſi limitibus arctius circumſcribantur. Obmurmurabunt alii, quod oratio has rationes confirmet. Vela non contraho. Prima enim orationis pars antiquitatis commemorationem tenet, nihil disponit. Nauci pariter PAVLLI rationem in *L. 2.* merito facio, quod ex dictis hucusque conſtat.

§. XVIII.

Poſt poſitis itaque aliorum rationibus, ſola illa VLPIANI in *L. 1.* data mores confirmat. Scimus autem, omne cognoſcendi leges & interpretandi principium a ratione leges repetendum eſſe. Ratio ſi generalis deprehenditur, lex huic innixa generalis eſt, regulamque conſtituit. Contra vero ſpecialis ratio legem ſpecialem & exceptionem tantum efficit. Adcommodemus has principales cognitiones donationibus inter virum & vxorem. VLPIANVS, de ratione morum Romanae gentis ſollicitus, hanc reddit: *ne mutuato amore inuicem* SPOLIARENTVR. Quomodo hoc intelligendum ſit exponit in *L. 5. §. 8.*, atque latius patens verbum: SPOLIARENTVR, limitibus circumdat, dicens: *definiri ſolet, eam demum donationem impediri ſolere, quae & donantem* PAVPERIOREM *& accipientem facit* LOCVPLETIOREM. Idque & aliis legibus commodisque exemplis iuit demonſtratum. Quum vero & illa ratio, ſola, facile longius abducere potuiſſet meditationem a mente ipſius, arctius verba in eadem *L. 1.* conſtringit addens: *donationibus non temperantes, ſed profuſa erga ſe facilitate.* Iuncta haec verbis anterioribus ſententiam VLPIANI

de-

definiunt. Non eſt haec morum acerbitas, vt omnis liberalitatis exſtirpetur vſus. Vel, vt cum PAVLO loquar, in *L. 28. D. h. t. Sane non amare, nec tanquam inter infeſtos ius prohibitae donationis tractandum eſt, ſed vt inter coniunctos maximo adfectu, & ſolam inopiam timentes.* Igitur mores, ratiocinatur VLPIANVS, tantum cohibent coniugum donationes tanti momenti, vt intemperantia liqueat, donantis egeſtas, bonorumque disſolutio iuſte metuatur. Quod dubites de vera hac VLPIANI mente nihil eſt. Titubantes autem ſatis firmabit *Lex 15. D. eod.* vbi VLPIANVS ita: *ex annuo vel menſtruo quod vxori maritus praeſtat, tunc, quod ſupereſt reuocabitur, ſi ſatis eſt immodicum, id eſt ſupra vires dotis.* Olim & ita ſentiebat POMPONIVS *L. 31. §. 8. D. eod. ſi vir vxori munus immodicum Kalendis Martiis aut natali die dediſſet, donatio eſt.* Audio ſuſurrationes. In caſſum redire VLPIANI & meum laborem, ſibilant. Nonne *Lex Cincia*, longe ante VLPIANVM lata, frena iniecit donantibus? Nonne certam definiuit ſummam? Nonne modum excedentes donationes reſcidit? Quid ergo opus eſt de moribus contendere? Meditor concordiam, ne veritas dilabatur. Modum impoſuit *Cincia Lex.* Ad certam quantitatem reſtrinxit. Nihil contra facio. Largior & liberalius, VLPIANI tempora non ignoraſſe ſummae quantitatem, quae hodie neſcitur. Quod vero *Lex Cincia* donationes modum excedentes infirmauerit auctoritate ſcriptorum non probatur; contrarium potius ex *Fragm.* VLPIANI *Tit. 1. §. 1. Imperfecta*, inquit, *Lex eſt veluti Cincia, quae ſupra certum modum donare prohibet, exceptis quibusdam cognatis, & ſi plus donatum*

ſit,

ſit, non reſcindit. Omnibusque numeris abſolutam probationem adiecit SCHVLTING *ad h. l.* Praeter vero ea, ſi & vera eſſet reſciſſio, non tamen habes cur mores reiicias. Nam, quaecumque demum fuerit quantitas illa *Legis Cinciae*, quam ignoramus, facillime tamen euenire potuiſſet, vt donatio ad praeſcriptum modum compoſita, propter opum mediocritatem immoderata, adeoque pro donantis conditione temperanda ſit.

§. XIX.

Cognita VLPIANI mente, non moror haec repetere principia: donatio inter virum & vxorem valida eſt, nec moribus prohibetur. Sed, facti habita circumſpectione, ſi vires patrimonii, ſi donationis quantitas intemperantiam, bonorumque diſſipationem oſtendant, nihil valet quod immoderate geſtum eſt. Clauderem rationum tractationem, niſi elegantiſſima *Diſſertatio conſult. Car. Frid.* SCHVBERTI *de iuſtitia transactionis teſtamenti nondum inſpectis tabulis, ob ſubiatam viceſimam hereditatum,* moram iniiceret. Contendit enim in *§. IX.* SEVERVM & ANTONINVM donationes inter virum & vxorem plane prohibuiſſe, per L. *3. D. de donat. inter vir. & vxor.* atque nullam aliam ſubeſſe rationem, quam ne fraus viceſimae, ab *Auguſto Imperatore* vectigalis nomine *Lege Iulia* conſtitutae, fieret. Sed pace *conſult. viri* diſceſſionem facio. SEVERVS & ANTONINVS has donationes, dum in primo orationis capite antiquos mores recenſent, minime cohibuerunt; quin immo veteris iuris rigorem relaxarunt, confirmando donationes inter coniuges, ſi ante mortem liberalem mentem donans non mutauerit. Si vero viceſima his Imperatoribus

cordi

cordi fuerit, non modo non respondere menti dispositionem, sed omnino repugnare intelligeremus. De cetero, latius patet dubitatio: an vnquam defendi possit, vicesimam ad donationes inter viuos pertinuisse. *Dio Cassius* certe L. 55. contra facit, nec alios rerum gestarum scriptores nos ad credendum inuitare cognoui.

§. XX.

Tradidi hucusque cognoscendi principia, quorum pleraque ex VLPIANO, optimo morum interprete, depromta sunt. Non est opus litem *illi* nunciare, quod in L. 3. §. 10. D. *h. t.* dicit: *sciendum autem est, ita interdictam inter virum & vxorem donationem, vt ipso iure nihil valeat quod est actum*, &, paucis, interiectis: *ipso enim iure, quae inter virum & vxorem donationis caussa geruntur, nullius momenti sunt.* Primo enim ex iis quae iam exposui luculenter constat, regulam VLPIANVM constituere noluisse, sed verba haec ad rationem ab ipso positam, indeque profluentem prohibitionem adcommodanda esse. Deinde, non immerito coniicio, VLPIANVM a propria significatione locutionis: *ipso iure*, deuiasse. Ab initio enim donationem, tradita re, ipso iure nullam fuisse defendi nequit, nisi quis verbis, spreta legum ratione & nexu, inhiare velit. Dabo caussae argumenta. Scis vsucapionem nullam esse, nisi possessor rem iusto titulo & bona fide accepit. Qui ex caussa iure ab initio probata rem sibi comparat, an iustum habet titulum? An bonae est fidei possessor? Profecto non, aut iura fallunt. Iam mentem adplica *ad* L. 25. *D. h. t.* TERENTIVS CLEMENS, ICtus sub ANTONINIS vigens, meditans de illo casu; an vxor alie-

nam

nam rem (certe credidit mariti esse, alias in fumum abiret lex) ex donatione a marito accipiens, statim ad vsucapionem admitti possit? Adserit ICtus admittendam esse, nec impediri vsucapionem. Pensita, num, si ab initio ipso iure nulla fuerit donatio mariti, bona fides, & iustus titulus stipare potuerit vsucapionem? Inquis. PAVLVS in *L. 1. D. pro donato* contra facit, verb: *Si inter virum & vxorem donatio facta sit, vsucapio non procedit.* Videsne, antecedentibus compositis, eo haec pertinere, si maritus propriam rem donauerit? Ita enim pauperior fit maritus, adeoque rationi prohibitionis respondet. Sic est, si donatio fuerit intemperata, alioquin non opus vt de vsucapione quaeramus quum ipso iure valeat, Iungas *L. 28. D. de donat. inter vir. & vxor.* Distinctius loquitur POMPONIVS in *L. 3. D. pro donato: Si vir vxori vel vxor viro donauerit, si aliena res donata est, verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is, qui donasset non fieret, vsucapionem possidenti procedere.* Ita duo seiungendi sunt casus; aut maritus ipse rem vxori donatam bona fide & iusto titulo adquisiuerat, vxor vsucapere nequit, quum maritus, qui ipse vsucapere poterat, pauperior existat. Aut rem, quam sciuit alienam esse vxori donauit, atque tunc vsucapio ab vxore iure perficitur, quum nihil ex bonis dimiserit.

§. XXI.

Accipe aliam caussam, ex qua donationem ab initio non ipso iure nullam esse adfirmo. Qui ex iniusto titulo rem accipit, malae fidei est possessor. Hic in perpetua mora legibus constituitur. Morosus debitor omne praestat periculum. Aestimationem rei,

rei, si perierit, aut consumta sit, soluit. Tralatitia haec sunt. His positis animum aduerto ad VLPIANVM *L. 7. D. de donat. int. vir. & vxor.* Venit in disceptationem: si donans vir aut vxor a donatario, iure suffragante, repetat donationem, eo quod locupletior plus iusto factus sit, quod tempus ad diiudicandam quaestionem spectari debeat, vt intelligatur an locupletior euaserit, nec ne. Flocci facinda esset tota haec quaestio, si dubio vacaret donationem inter coniuges ab initio esse ipso iure nullam. Nihil ad decidendum pertineret, nisi hoc solum, quod nulla sit donatio. Iam vero hoc tantum sub alea videbatur, vtrum litis contestatae, vtrum vero rei iudicatae tempus spectandum sit. Eamque controuersiam *ICtus* ita decidit, vt litis contestatae tempus ad amissum ducatur. Aut nimis mihi adsentior, aut in aprico iacet, donationem non ipso iure ab initio nullam, sed habendam prius esse cognitionem, an intemperantia, bonorumque dilapidatio emicet, & donationem irritet. Ex quo facillimo quoque negotio diiudicari poterit, quam ob caussam a donante coniuge nec vsurae ex re donata perceptae, *L. 15. §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor.* nec fructus *L. 17. D. eod.* repeti possint. Alias rationes offert NOODT. *Comment. ad h. tit. dig.* De vsuris hanc reddit: quia vxor quidem hoc incremento fit locupletior, at maritus non fit pauperior. Ficulnea est. Qui perdit vsuras, quas ipse percipere poterat, nonne pauperior redditur? De fructibus vero tantum industrialibus, quia hi soli imaginem habent vsurarum, non de naturalibus, legem explanat. Torquet dixerim. *Lex. 5. §. 18. eod.* vberrime docet, rei vindicationem, si res donata extet, donanti competere.

 Quis

Quis vero ignorat in rei vindicationem tam induſtriales, quam naturales fructus venire, ſed, dum haec diſſero, proprio me gladio iugulatum dare videbor. Ipſo iure ab initio nullam eſſe donationem negaui. Nunc rei vindicationem donanti impertior. Quid ergo certius eſt dominium rei donatae donanti coniugi illibatum manſiſſe? Cauillaris, non recte disputas. Emphyteuſin concedens, ſi intra triennium in emphyteuſi ſeculari, & intra biennium in eccleſiaſtica annuum canonem non ſoluerit, an non vindicandi ius habet? Itane emphyteuſeos conſtitutio ab initio erat nulla? Profecto, ex tempore demum quo mora in canone ſoluendo contrahebatur. Eodem modo diſcas, ex illo tempore, quo conſtabat de intemperantia donantis coniugis, renaſci dominium.

§. XXII.

Hic ſtatus erat donationum inter coniuges ante SCtum, ita, ni fallor, comparatus, vt ipſo iure nullae vocari non potuerint. Ordo poſcit vt diſpiciamus, quid SCtum commutauerit. Factum eſt SCtum, habita oratione a SEPTIMIO SEVERO, & ANTONINO CARACALLA Imperatoribus *A. V. C. 958. Nummio Albino & Fuluio Aemiliano Coſſ.* RELANDVS, & AMELOVEN in *Faſtis conſ.* Alii ad An. 955, alii ad 959. referunt, quod non probatur. Hoc tempore Imperatores faſces ſimul gerebant, ideoque oratio aliquando SEVERO *L. 23. D. & L. 10. C. de donat. int. vir. & vxor.* aliquando ANTONINO *L. 3. pr. & 32. D. eod.* aliquando *vtrique L. 3. C. eod.* adſcribitur.

§. XXIII.

§. XXIII.

Effingunt alii duplicem orationem, & duplex SCtum; alteram *folius Seueri*, quae minus plena fuerit, atque donationes tantum traditione abfolutas confirmauerit, eoque *L. 23. D. h. t.* referunt; alteram pleniorem SEVERI & ANTONINI, etiam ftipulatione promiffas donationes corroborantem, cui praefertim *L. 32 & 33. eod.* adplicant. Error errorem peperit. Crediderunt VLPIANVM in *L. 32. & feq.* hoc SCtum ad donationes, etiam fola ftipulatione initas, extendere; quum vero hac ratione *L. 23. eod.* ad concordiam adducere non potuerint, noua inuentione duplicis orationis aditum parare conati funt. Res eft magni momenti, copiofa tractatione digna. Sed non eft cauffa, cur tantum laborem caperem, quum Viri Celebratiffimi VAN BYNCKERSHOECK *Obferu. Iur. Rom. Lib. V. cap. 18.* & OTTO *in Papiniano Cap. XII. §. 9.* fententiam hanc profligauerint. Pauca tantum ponderofis eorum argumentis, vt facilior reddatur intellectio, adiiciam. Totus ipfis confentio, hoc SCtum donationes coniugum eo tantum in cafu, fi traditio acceflerit, confirmaffe, vt adeo recte PAPINIANVS, fuffragante VLPIANO in *L. 23. D. h. t* putauerit: Orationem D. SEVERI ad rerum donationem pertinere, fed, fi ftipulanti fpopondiffet vxori fuae, non conueniri poffe heredem mariti, licet durante voluntate maritus deceffèrit. Neque VLPIANVS fibi, nec alii ICti aduerfantur. Dubium ex *L. 33. D. h. t.* fubortum, quod annui ftipulatio conualefcat morte donantis, eleganter fuftulit OTTO, hanc reddendo rationem: quia annum, nifi fingulis annis tradi & repraefentari non poffit. Minimi foret pretii obiectio, ab acceptilatione in *L. 32. §. 23.*

ſſ. 23. eod. repetita, breuis manus enim traditionem acceptilationi ineſſe neminem fugit. *Verba* maxime *Orationis* in L. *32. h. t.* ſi accurata animi lance ponderas, indubitatum redditur, ad rerum donationes, vt loquitur PAPINIANVS in L. *23.* ſcilicet vbi traditae ſunt res viuo donante, SCtum adtendere. Ait *Oratio 32. ſſ. 2. h. t. Fas eſſe quum quidem qui donauit poenitere, heredem vero eripere durum & auarum eſſe. Eripi* vero qui poſſit, quod alter non habet, ſcire cupio. Pergit *oratio L. 32. ſſ. 14. h. t.* in aduerſo caſu, quo donatio non conualuit: *Si prior vita deceſſerit qui donatum accepit.* Latius omnia in laudatis Commentationibus inueniuntur.

§. XXIV.

Negotium adhuc faceſſere videtur HENR. BRENKMANN in *Diſſ. de legum inſcriptione ſſ. 22.* Addit ſententiae illorum, qui duplicem Orationem de liberalitatibus coniugum ſtatuunt, coniecturam admodum ſpecioſam: quod, quum poſterior Oratio prope exceſſum SEVERI in ſenatu habita ſit, PAPINIANVS in eam vix commentari potuiſſe videatur, qui proxime poſt mortem illius a *Caracalla* interemtus ſit; quoniam, vt notum, prius de vita quam bona ſententia decedere malebat. Glorioſae huius mortis memoriam conſeruarunt BALDVINVS *in vita* PAPINIANI, & OTTO *in* PAPINIANO *Cap. XVI.* Sed nimium ne credas colori. SCtum habitum eſt *A. V. C. 958.* Anno vero demum 964. *Aſpris Coſſ.* PAPINIANVS crudelitate CARACALLAE diem obiit. Quidni ergo commentari ad SCtum potuit.

§. XXV.

Litem ex integro resuscitare videtur NOODTIVS *Comm. ad dig. h. t.* Titubat victoriae spes nisi aliis armis vtamur. Adserit, VLPIANVM in L. 23. comprobasse PAPINIANI sententiam *verbis* orationis *strictim* consideratis, *ratione* vero & *aequitate* pensitata, discessionem fecisse a PAPINIANO, adserendo, omnes donationes, siue traditio accesserit, siue non, oratione confirmari. Vnde demonstrationem petierit non e longinquo positum est. Seducebatur generalibus verbis ab VLPIANO in interpretanda oratione adhibitis. Latissima sunt verba VLPIANI in L. 32. *ff. 1. Oratio autem Imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine vxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum & vxorem, vt & ipso iure res fiant eius, & obligatio sit ciuilis.* Ac ne ex improuiso verba irrepsisse credi possit, denuo in §. 23. VLPIANVS inquit: *& generaliter vniuersae donationes, quas impediri diximus ex oratione valebunt:* vereor, ne prioribus argumentis solis contra NOODTIVM vtens succumbat. Quin, miror grauissimos viros coniectionibus operam dedisse, vbi veritas ipsa loquitur. Verbis orationis, si, vt res postulat, pressim inhaeremus, error NOODTII in aprico iacet. Sed gloria labefactatur VLPIANI, quod laxius iusto locutus sit. Quantum enim mihi intellexisse videor omnes in id conspirant, quod alias quidem donationes stipulatio perfecerit, quoad virum & vxorem autem oratio rerum traditarum tantum donationes stabiliuerit. Equidem in alia omnia abeundum esse arbitror. Nulla donatio ANTONINI & CARACALLAE temporibus, immo ad IVSTINIANI vsque impe-

rium, exceptis certis perſonis, ſine traditione valebat; nulla donatio ſtipulationis auctoritate corroborabatur. Res, modo hiſtoria legum non negligatur, nullis implicata eſt difficultatibus. *Lex Cincia* donationibus modum praeſcripſerat, vt mancipatio aut traditio interueniret; nec coniunctae perſonae exceptae erant. Falſo omnino GOTHOFREDVS *ad* L. 4. *Cod. Theod. de donat.* mancipationem liberis & parentibus, atque aliis quibusdam perſonis, *per Leg. Cinciam* remiſſam eſſe adſerit, iure ipſum vellicante BRVMMERO *ad* L. *Cinciam Cap. XV.* cui praeſto eſt PLINIVS *Lib. X. Epiſt.* 3. DIVVS autem PIVS *Imperator* donationes inter parentes & liberos a neceſſitate mancipationis & traditionis relaxauit. Meminit eius CONSTANTINVS *Imperator* in *Leg.* 4. *Cod. Theodoſ. tit. de donat.* De cetero, inter alias perſonas non tantum nihil delibatum eſt de priſtino iure, ſed & in eadem *Conſtantini Lege* traditio ad donationum firmitatem requiritur.

§. XXVI.

Integram hanc legem, quum in Codice IVSTINIANEO deſit, exhibebo. IMP. CONSTANTINVS A. *ad Faſſum P. V. Iuxta D. Pii, conſultiſſimi Principis, inſtituta valere donationes placet inter liberos & parentes, in quocumque ſolo & cuius libet rei liberalitas probabitur extitiſſe licet neque mancipatio dicatur, neque traditio ſubſecuta, ſed nuda tantum voluntas claruerit, quae non dubium conſilium teneat, nec incertum, ſed iudicium animi tale praeferat, vt nulla quaeſtio voluntatis poſſit inrepere; & conlata inter ceteras, exceptas Cinciae legi, perſonas obtinere propriam firmitatem, ſiue mancipationis decurſa fuerit ſolennitas, vel certe res tradita doceatur. Quam legem*

ad

ad lite: volumus pertinere, quocumque tempore iussionis nostrae inueniuntur esse suspensae, & quae post futurae sint, ne transacta negotia refricentur. *Dat. Non. Oct. Constantino A. V. & Licinio Caes. Coss. (A. V. C. 1071. & A. Chr. 319).* Extat in *eodem Codice Lex VII. de donat.* CONSTANTII *Imperatoris A. V. C. 1707. A. Chr. 355.* de mancipationis & traditionis necessitate in donationibus inter extraneos. Vide iam porro L. *28. Cod. Iust. de donat.* quae reperitur in *Cod. Theod.* L. *9. eod. tt.* Est haec Sanctio HONORII & THEODOSII *Impp.* qua legem duobus annis ante ab ipsis dictam, pristinum ius restaurando, abrogarunt. Disposuerant autem, ne, quod veteri iure obtinuerat, vsusfructus retentio vicem traditionis in donationibus teneret, posteriori autem lege pristinum ius in obseruationem reuocarunt. Dum vero in *all. Leg. 28.* qui rem aliquam donando vsumfructum retinuit, eam continuo tradidisse creditur, euidens est consecutio: traditionem a donatione abesse non potuisse; quod & historia in primo capite L. *9. C. Theod.* relata, in *Codice Iustinianeo* omissa, ostendit.

§. XXVII.

Extra omnem igitur dubitationis aleam ponitur, THEODOSII etiam tempore donationem ex sola stipulatione, non insecuta traditione, nullam vim habuisse. Numquam deinde, vsque ad *Iustiniani* memoriam, prodiit lex, quantum scio, quae haec iura immutauerit; IVSTINIANVS deinceps per *Legem 35. §. 5. C. de donat.* & stipulatae, & nudo pacto promissae donationi auctoritatem dedit. Subit animum *Lex 33. D. de donat.* ex HERMOGENIANI *ICti* L. *6. Iuris Epitomarum*, quae lex, quo fato nescio, omnes ita illaqueauit, vt stipulationi virtutem confirmandi donationem vindicarent. Videamus

 quid

quid probet: *Qui id*, inquit HERMOGENIANVS, *quod ex caussa donationis stipulanti spoponderat, solui constituit, actione constitutae pecuniae, non in solidum, sed in quantum facere potest, conuenitur.* Res mea in periculum adducta videtur. Sed nondum meam *Vlpiani* & *Papiniani* interpretationem labefactari sentio; pessime enim hic *Hermogenianus* inter *Alexandri* consiliarios, & discipulos *Papiniani* recensetur, qui potius sub *Constantino & eius liberis vixit.* *Cel.* OTTO *Praef. tom. I. Thes. Iur. Rom.* SCHVLTING. *Iurispr. Ante Iustin. Fragm. Cod. Greg. init.* STRAVCH. *Vita Hermogen. c. 26.* Sed, ne exinde demonstrari possit, jam ante *Iustinianum*, tempore scilicet *Constantinorum*, traditionis necessitatem euanuisse, non nihil timendum est. Medelam igitur adferam. Primo quidem nullo consilio contenditur, stipulationem sortiri effectum. Antecesserat constitutum stipulatio. Consentio. Dari in hac lege actionem ad tradendum, non ambigo. Stipulatio vero in caussa non recte ponitur. Stipulatio, propria sua auctoritate constans, alieno auxilio non indiget. Ipsa actionem ex stipulatu producit efficacem. Quid ergo opus fuisset constituto? Quid actione de constituta pecunia? Regebis, ex abundanti constitutum aduenisse, suffecisse stipulationem. Res tuas tibi habeto. Accipe quid contra habeam ex Iure Ciuili & Praetorio. Stipulatio nihil in hac caussa praestitit. Constitutum demum, Praetoris auxilio, donationem eo perduxit, vt actio proueniat. Quod, qua fieri potuerit ratione, ex his intelliges. Nullus dubitat, eam ob caussam leges donantibus necessitatem tradendi iniunxisse, ne inconsultis promissionibus patrimonio priuarentur. Hi enim tristissimi euentus prouidam *Legis Cinciae* cautionem meruerunt

runt. Diutius vero deliberare & ruminari solent, res ex patrimonio exire videntes. Conferas iam animum ad constitutum. Pacti iterationem requirit. Quod vero repetita vice fit, deliberato consilio factum censetur, *arg.* L. 22. *de SCto Vellei.* Itaque, quum praesumant leges donatorem rem mente agitasse, quod leges per traditionem intenderunt, defendi poterit HERMOGENIANVS, actionem de constituta pecunia concedens.

§. XXVIII.

Quidquid huius rei sit, perspicuum tamen est, sola stipulatione donationem non constitisse. Quo circa ex ipsis VLPIANI verbis liquet, orationem donationes stipulatas non adtingere. Verborum aucupationibus Iureconsultus obuiam iuit, dum in *L. 32. ff. 23.* dicit: *& generaliter vniuersas donationes, quas impediri diximus, ex Oratione valebunt.* Quae autem sunt donationes impeditae? Non magis promissiones ex caussa donationis, quam traditiones prohibitas censet NOODTIVS. Aliter sentio. Loquitur enim de donationibus inter virum & vxorem moribus prohibitis, ob specialem rationem. Stipulationes autem donationum inter omnes olim non valuisse probaui. Postremo tandem litem sepelire iubet *Constitutio* IVSTINIANI in *Nou. 162. c. 1.* lata *Arione* (alii Appione) *Conf. a Chr. 539.* qua, quum huc usque dimicatio fuerit: an inter coniuges donatio promissa ad agendum sufficiat, Imperator, suae iam ante datae Constitutionis memor, (illius sine dubio, quae in *L. 35. ff. 5. C. de donat.* inuenitur,) etiam promissionibus inter coniuges robur addidit. Miraris forte qui potuerit *A. 539.* ea de re contentio

 agita-

agitari, quum *L. 35.* iam *A. 530.* lata fuerit. Ita de hac re iudico. IVSTINIANVS per *Leg. 35.* donationes generaliter ratas habuit, licet desit traditio. Bene, an male hoc factum sit, non disquiram hac tractatione. Profecto, non mediocriter titubat mens, si caussas, traditionis necessitatem mouentes, ad nouae legis IVSTINIANI rationes componamus. Lis igitur haud rara exoriebatur, an haec dispositio etiam donationibus inter virum & vxorem adcommodanda sit. Si adfirmantibus latissimus legis tenor aderat, negantes certe auxilio non destituti erant. Perpetuae nempe blanditiae, aliaeque illecebrae saepe coniuges in deliberandi grauitate impediunt. Adeoque vitio verti illis non poterat, quod, ea ratione commoti, legem restringendam duxerint. Vtinam haec placuissent IVSTINIANO! Displicuisse miror. Liquefactum tamen opinor, reiiciendam esse NOODTII aequitatem, quam ad suam defendendam sententiam in consilio habuit. Ceterum me non latet, *Glossatores* hanc *Nou. 162.* non agnoscere, nihil tamen cohibere poterat, quo minus varietatem legum inde demonstrem, potissimum quum primum caput etiam *libr. Basil. XLVII.* in fine inueniatur.

§. XXIX.

Senatusconsulto ab erroribus purgato, in capita eius inquiram. Prima pars orationis est historica, antiquum ius moribus introductum enarrans, quod iam explanatum dedi. Altera antiquam faciem commutat, in aliquibus casibus vero mores confirmat. Supra intelleximus eas tantum donationes, quae immoderatam profusionem prae se ferebant, atque paupertatis suspicionem excitabant, moribus impe-

impediri, reliquas illibatas manere. Oratio autem donationes, more maiorum validas ita non circumscripsit, vt demum morte donantis plene conualescant, sed statim proprio iure valent. Confirmat sententiam VLPIANVS in *lege 32. §. 23. h. t.* ante copiosius explicata, verb: *vniuersae donationes, quas impediri diximus, ex Oratione valebunt.* Conspirat ANTONINI voluntas, qui, vt loquitur VLPIANVS *all. l. pr. aliquid laxare voluit ex iuris rigore.* Sed haec temperatio in seueritatem omnem inclinaret, si poenitendi potestas etiam ad donationes, ob aequitatem & religionem moribus plene corroboratas, protendatur. Ad donationes itaque moribus fractas solum Orationis noua forma spectat. De iis ordinat: vt poenitere quidem donantem liceat, morte autem, reuocatione non facta, donatio confirmetur. Nouum hoc est, siquidem donationes ex arbitrio donantis alias non reuocantur, aequitate tamen deprehendo commendatissimum. Cogites, rogito, quanta animi leuitate mortalium genus, non dicam in referendo, sed agnoscendo beneficio versetur. Accepta gratia, quam humili & sordido modo non raro ambiunt, ingratissimo animo memoriam beneficii deponunt, vt & ab aliis recordationem refricari stomachentur. In tanto ingrauescente ingratitudinis vitio, a quo coniugium plerumque non modo non habet vacationem, sed frequens potius cernitur, optimo consilio Imperatores haec frena iniecerunt. Sciunt nimirum coniuges quouis tempore ad poenitendum patere viam, quam gratus tandem animus occludit.

§. XXX.

§. XXX.

Posteaquam ergo explicui, quam formam donationes inter virum & vxorem ex Senatusconsulto induerint, non difficile erit eorum sententiam profligare qua his etiam temporibus ipso iure nullae habentur donationes. Ad liquidum iam docui neque mores conspirare. Non autem tantum nulla contraria ratio, sed grauiores caussae suadent, vt aliud statutum non credamus. Quid multa. *L. 32. ∫. 1.* perhibet: *Oratio autem Imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine vxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum & vxorem factas, vt & ipso iure res fiant eius cui donatae sunt, & obligatio sit ciuilis.* Haec omnia vno corrumperentur impetu, si ipso iure nullam reputemus donationem. Quod nullum est nullum habet effectum; ergo nec eius fieri posset res, cui donata est; obligatio pariter ciuilis dimanare nequit. Sciendum est insuper, dissentientium sententiam officio iudicis, ab VLPIANO informato, non conuenire. Quod si enim in obscuro sit, (scilicet an poenituerit donantem, procliuior esse debet iudex ad comprobandam donationem. *Leg. 32. ∫. 4. D. de donat. int. vir. & vxor.*

§. XXXI.

Superest vt postemo loco de Iure Codicis dicam. Magnus mihi futurus Apollo, qui vllo ex vestigio mihi probauerit, donationes ipso iure nullas esse. Contrarium vndiquaque oculis obuersatur. Quam ob rem ea tantum commemorabo, quae obseruationes, ad Ius Digestorum directas, illaqueare

vide-

videbuntur. Tempora Conſtitutionum *Antonini, Alexandri*, *Gordiani*, *Diocletiani*, *Maximiani*, *Conſtantini*, & *Iuſtiniani Imperatorum*, titulo *de donat. inter vir. & vxor.* inſertarum, vt decet, ſcrutans, facile mihi dabit, compilantes Digeſta tenorem ignorare non potuiſſe, certe non debuiſſe, vt proinde vix excuſationem habeat, quod quaedam obliuioni tradiderint. Sed iam dudum conſtat, multa in Digeſtis reperiri, quae antiquus Iuſtiniani Codex abrogauerat. Quapropter dicam illis iure ſcribo, qui, inertia duce, temporis curam in Codice ſpernunt, & rerum ſuarum ſatagere dicunt, quum ſciant Codicem hunc exantlantis Inſtitutionibus & Digeſtis, elaboratum, publicaque Imperatoris auctoritate ſtabilitum eſſe. Verendum eſt vehementer, ne haec ignauia aliis inertiam adferat. Langueſcente enim diſcendi feruore, inter crepundias diſcere iura mirifice delectat. Ita breui tempore tota Iuriſprudentia vlcus erit. Paucis vos cupio deſidiae ſatellites. Legite, & relegite IVSTINIANI *Conſtitutionem de Emendat. Cod. Iuſtin. & ſec. eius edit.* Perpendite voluntatem Imperatoris. Dicit *in §. 3. Vt vndique non ſolum Inſtitutionum & Digeſtorum via dilucida & aperta pateat, ſed etiam Conſtitutionum noſtri Codicis plenum iubar omnibus clareat.* Otium hoc non fecit IVSTINIANVS. Excitat potius animos, vt ſtudioſe circumſpiciant tempora, quo legum illuſtretur hiſtoria, & planum fiat, quid Inſtitutionibus, quid Codici ad intelligendum deſeruiat. Ex quo fit, vt ſaepius in Codice repetitae praelectionis Conſtitutiones abrogatae ſub eodem titulo deprehendantur. Omnes leges in hoc titulo Codicis, ad viceſimam quintam vsque, ad

priſca

prisca iura, in Digestis iam obuia, pertinent. *L. 25.* quae IVSTINIANI est, donationes morte confirmandas arctioribus limitibus constringit, vt vltra legitimam quantitatem ratae non sint, nisi insinuatio iudicialis accesserit. Quantitatis summam quidem IVSTINIANVS ad quingentos solidos definiuit. L. *36. C. de donat.* Sed in propatulo est IVSTINIANVM neque de hac summa, neque de trecentis solidis, de quibus ante constituerat, L. *34. C. eod.* eo tempore cogitasse, siquidem *L. 34. A. V. C. 529.* & L. *36. A. 531.* latae sunt; *L.* vero 25. *C. de donat. inter vir. & vxor.* iam *A. 528.* prodiit. Proinde verius est, IVSTINIANVM quantitatem ducentorum solidorum, cuius mentio fit in *§. 2. Inst. &* L. *34.* all. a THEODOS. & VALENT. L. *8.* C. *Theod. de Sponsal. & ante nupt. donation.* determinatam, ante oculos habuisse. Cetera in L. *25.* contenta nihil noui tradunt, quandoquidem & Digestorum iure obtinuit, vt confirmatio ad tempus referatur, quo facta est donatio. Si enim, vt demonstratum iui, fas non fuerit heredem eripere, etiam commoda vsque ad mortem percepta, plene sequitur, nec repetendi ius esse potuisse. Ad donationes autem sine traditione factas nihil hanc legem respexisse, fusius demonstraui.

XIX.

XIX.

DISSERTATIO

DE

TESTAMENTO PARENTVM INTER LIBEROS PRIVILEGIATO IVRE CIVILI SINE SCRIPVRA INVALIDO

AD NOVELL. CVII. CAP. I.

Si, quod CICERO *de Leg. L. I. c. 10.* dicit, ***tanta** est corruptela malae consuetudinis, vt ab ea tanquam igniculi extinguantur a natura dati exorianturque, & confirmentur vitia contraria:* facile adparet, inter grauissima rei publicae mala habendum ius incertum, atque sic ad augendam ciuium salutem, incolumitatem ciuitatum, vitamque hominum quietam & beatam inuentas esse leges. Et vehementer quidem dolendum est, irrationabile libertatis faciendi, quod velis, studium & fallacem priuati commodi dulcedinem eo adigere mortalium mentes, vt tamquam in illuni nocte sine lumine errantes saepe offendant, saepe labantur, saepe inconsulti in vetitum nitantur. Magna hinc litium seges & ancipitia fata caussarum. Et certe quo obscuriores sunt leges: eo ampliorem quoque ansam mortalibus praebent, eas in suam vtilitatem interpretandi. Ex quo descendit, quod leges saepius contra auctoris voluntatem corrumpantur. Si certae sunt leges, cessabit haec astutia. Quum itaque nouis legibus Imperantes salutem subditis comparare nitantur: haec praecipua erit consideratio, vt leges ab omni dubitatione plenis verbis liberentur. Sin hoc vero factum non fuerit, & quibusdam dubitationibus implicentur: certa quidem est notissima illa iuris regula; quod *lex posterior deroget priori legi, vel eam abroget l. 4. D. de constitut. Princip. l. 102. D. de V. S.* At si in vlla vmquam scientiae legitimae parte sollers circumspectio est adhibenda: certe hac in iuris materie caute erit versandum. Enim vero adest

Rr sem-

ſemper praeſumtio, antiquas leges in viridi adhuc eſſe obſeruantia, nouasque adeo non eſſe latas, quae leges olim ſcriptas vincerent, eisque vel derogarent, vel eas prorſus tollerent. Ergo id agat diligentia & opera ſumma, qui praeclarum ICti nomen tueri cupit, vt legum poſteriorum verba circumſpecte conſideret, videatque quum de eorum nexu, tum de integrarum enunciationum ſententia. Perpendat earum rationes *L. 19. §. 1. ad SC. Treb.*; & adaequatas quidem, relictis inadaequatis, quibus ICti ſaepius ſunt vſi, ceu vt docet Vir maximus, SCHILTERVS *Exerc. VI. §. 27. not. c. p. m. 139.* Conſideret, an quid innouatum? an pars modo prioris legis ſit immutata, ſaluis reliquis capitibus? an vero noua fuerit praeſcripta regula, ſecundum quam ſubditi actiones ſuas morales deberent dirigere? Et recte his iungimus auctoritatem PAVLLI ICti, qui perquam eleganter officium inſtruit in *L. 26. & 28. D. de leg.* In priori vero: *non eſt nouum*, inquit, *vt priores leges ad poſteriores trahantur:* in poſteriori: *ſed & poſteriores leges*, dicit, *ad priores pertinent: niſi contrariae ſint:* idque *multis argumentis probatur.* Quae verba quanto diligentius meditor, tanto magis, eam PAVLO fuiſſe ſententiam, credo, leges, quantum fieri poſſet, ad conſonantiam eſſe reducendas. Immo licet quarumdam derogatio pateret vel abrogatio, ob id tamen priores leges non ſunt oblitterandae. Enim vero ſi, ſecundum IVSTINIANI praecepta, *pr. Inſt. de teſtam. ord. nihil antiquitatis penitus ignorari oportet:* ſane neceſſe erit, vt ii, quibus maſcula illa & ſolida Iurisprudentia curae cordique eſt, ſcientiam legum antiqua-

tiquarum habeant: quarum quippe notitia quantum vtilitatis in legum posterius latarum explicatione adferat, nemo, nisi qui hisce sacris numquam est initiatus, ignorat. Ex hoc igitur luce clarius esse, arbitror. quod, si in Codice vel Nouellis quid sit dispositum, non ideo ea, quae in Pandectis continentur, obliuioni tradere debeamus. Nec Nouellae aliud quid statuentes eneruant industriam in cognoscendis legibus Pandectarum & Codicis positam. Saepiuscule enim obuenit, vt Nouella nihil noui tradat, sed leges praecedentes tantum confirmet: saepe etiam deroget legi modo in vno capite, salua reliqua ipsius parte. Quantum vero hisce meditationibus insit effectus, adparebit ex *Nou. 107, c. 1.* quam adcuratius paullulum, & vberiori oratione explicandam suscepi: & ita quidem, vt, quoad per angustiam temporis & virium debilitatem licuit, antiqua nouis componere operam dederim. Quum autem impigro nec inficiando labore aliorum scripta, ad meum institutum necessaria, peruoluens legerem: nescio quo, meo dicam, an ipsarum litterarum fato accidit, vt inciderem in eorum libellos, qui Nou. hanc vltra limites extendunt, & testamentum parentum inter liberos priuilegiatum etiam nuncupatiue, coram duobus testibus, condi posse statuunt, hacque ratione mire antiqua abrogata nouis admiscent. Praeuideo igitur, futuros esse, qui erigant caput, si me, hac ex parte, secessionem ab ipsis facere deprehendant. Sed partim mens conscia recti, partim quod iure meum facere queam illud Aeneae apud Virgilium:

Omnia praecepi, atque animo mecum ante peregi:

 spe

ſpe me complet, fore, vt aequiſſimus quisque rerum aeſtimator, qui nihil auribus, omnia vero veritati dare ſolet, adſenſum mihi praebeat, mendisque, ſi quae ob virium imbecillitatem irrepſerint, aequi bonique conſulat.

§. I.

Poſcit vero meum inſtitutum, vt ordine procedam, definitionem tum de priuilegiis, tum etiam de teſtamentis praemittere. Eſt autem *priuilegium ius ſingulare, quod contra tenorem iuris generalis propter aliquam vtilitatem auctoritate conſtituentium introductum eſt.* Iliada ſcriberem poſt Homerum, ſi de priuilegiorum origine & natura, quam viri ſummi iam indagarunt, latius exponere adniterer. Neminem fugiunt commentationes ENENCKELII *de priuilegiis; cel.* SCHAVMBVRGII *de natura priuilegiorum tam gratioſorum quam conuentionalium;* GEBAVERI, ICtorum hac aetate principis, *de priuilegiis* Tradam igitur teſtamenti definitionem, & in illa deſcribenda MODESTINVM ſequar, ac, quam in *L. 1. D. qui teſtam. fac. poſſ.* ſuppeditat, definitioni duo tantum verba addam. Eſt *teſtamentum, voluntatis noſtrae iuſta ſententia de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri vult directam heredis inſtitutionem continens.* Principalis diuiſio teſtamentorum eſt in *ſollemnia* & *minus ſollemnia.* Vtraque rurſus in *ſcripta* & *nuncupatiua* diſpeſcuntur. Teſtamentum ſollemne audit, in quo omnes ſollemnitates tam internae quam externae ſunt obſeruandae. Interna igitur eius forma conſiſtit in legitima heredis idonei inſtitutione, atque illa, totius teſtamenti velut

caput

caput & fundamentum, *§. 34. Inst. de leg. L. 1. §. vlt. D. de vulg. & pupill. substitut.* est futuri successoris a testatore facta designatio. Externa autem illius forma fundatur in reliquis sollemnitatibus adeo stricte obseruandis, vt si vna earum deficiat, testamentum non iure factum dicatur. Sed ne illa, quae iam a multis de eis sunt disputata, repetamus: saltim in compendio hic adferamus; sollemnitates hasce respicere vel *testatorem*, vel *actum testandi*, vel *testes*. *Testatoris* intuitu exigitur 1) *integritas mentis*, non sanitas corporis eius temporis, quo testamentum facit *L. 2. D. qui testam. fac. poss.* Hinc tabulae & iudicia moribundorum, modo tempore conditi testamenti intellectus non obnubilatus fuerit, nullitate non laborant *L. 15. & 20. C de testam.* Requiritur in testatore 2) *liberrima voluntas*, quo liber voluntatis supremae sit stilus *L. 1. C. de SS. eccl.* Blanditiae vero non nocent, si nec importunae nec immodicae: quippe mutuis affectionibus iudicia prouocare licet L. 70. *D. de her. inst.* Desideratur 3) *mentis certitudo* L. *vn. D. si tab. test. exstab.* 4) tandem *habilitas* tempore conditi testamenti, nempe vt testamentum faciendi ius habeat. Actum testandi quod adtinet, non est huius loci, in antiquis illis testamentorum generibus, quae in calatis comitiis, quae per aes & libram sollemni ritu peragebantur, versari. Qua in re indaganda cupientibus exoptatum auxilium praebebunt BYNCKERSHOECK *Lib. II. Obs. 2.* THOMASIVS *de origine successionis testamentariae*, & HEINECCIVS diss. *de origine testamenti factionis, & ritu testandi antiquo*, quae inter *illius opuscula* XXVII. locum occupat. *Nouior*

forma & noſtris moribus, quousque iuribus ſingularibus nihil immutatur, ex Iure communi haec eſt; vt *primo* actus ſit continuus, & nullo contrario actu interruptus *l. 21 & 25. D. qui teſt. fac. poſſ. l. 21 & 28.* C. *de teſtam.* *Secundo* teſtator teſtes certiores reddat actus teſtandi *all. l. 21.* *Tertio* teſtamentum praeſentibus teſtibus pro ſua vltima voluntate adgnoſcat. *ead. leg.* In quibus & conſpirat *Rec. Imp. de An. 1512.* Sollemnitates porro, quae teſtes reſpiciunt, eo redeunt: vt habiles ſeptem numero adhibeantur, cuius numeri cauſſa traditur ab HVBERO *P. I. Digreſſ.* L. *IV. cap. 31 ſqq* aliisque, L. *21. laud. ſ. 7. Inſt. de teſtam. ord.* ſingulatim ſubſcribentes & ſubſignantes *all. ll. ſ. 3 & 5. Inſt. all. tit. l. 22. ſ. 5. qui teſtam. fac. poſſ.* atque *Rec. Imp. all.*

§. II.

Atque haec de teſtamentis ſollemnibus dixiſſe ſufficiat. Iam vero ratio propoſiti noſtri poſtulat, vt, qua fieri poteſt, breuitate pauca generaliora proponam de teſtamentis minus ſollemnibus. Dicimus autem *teſtamentum minus ſollemne priuilegiatum*, in quo ſingulari legis diſpoſitione vel omnes, vel quaedam remittuntur ſollemnitates. Ex quorum numero eſt illud quod parentes inter liberos condunt Sed & alia priuilegio exornata teſtamenta occurrunt. Sic teſtamenti militis priuilegium in eo conſiſtit, vt miles, non veteranus aut exauctoratus, ſed in expeditione conſtitutus, voluntatem vltimam quomodocumque publicare poſſit, modo de ipſius conſtet voluntate. *ſ. 3. & 4. Inſt. de milit. teſtam. L. 15. ſ. 1. L. 35. D eod. tit.* Quid quod etiam in caſtris, non ciuili quidem iure, quo in caſtris ceſſat teſtanti priuilegium *Pr. Inſt. eod.,* ſed

fed *Rec. Imp. de An. 1512. tit. 2. ʃʃ. 2.* duo teftes fufficiant. Add. BERGER *de iure militum circa teftamenta;* HARPRECHT *de teftam. pagan. in hoft. confect.* HOMMEL *de differentia exigua inter teftam. militare & teftam. a pagano in hoft. confectum.* Sic etiam teftamentum a ruri degentibus per *L. vlt. C. de teftam.* fubfiftit, fi numerus quinque teftium, tabulas fupremas fubfcriptione fua munientium, praefto fit, & plures nequeant haberi; fubfcriptionem quoque, fi litterarum gnari defint, lex remittit. Sic & quaedam follemnitates in teftamento, tempore peftis condito, ceffant. Iure quidem ciuili nil praeter fimultaneam teftium praefentiam erat remiffum *L. 8. C. de teftam.* Sed hodiernis moribus fufficit, fi duo tantum adfuerint teftes omni exceptione maiores. Vid. ZIEGLER *de teftament. temp. peftis priui. cg.* Pertinet etiam ad teftamenta priuilegiata teftamentum pofterius imperfectum, quo heres ab inteftato priori praeteritus ad fucceffionem vocatur, & fufficit, fi quinque adhibeantur teftes, *L. 21. ʃʃ. pen. C. de teftam.* Sunt, qui ad haec teftamenta minus follemnia etiam illud, quod Principi eft oblatum, referunt. Sed, opinor, parum recte. Equidem fateor, remiffas hic effe omnes follemnitates *L. 19. C. de teftam.*, iftudque valere etiam, quantumuis, confiliariis omnibus remotis, foli Principi offeratur. At id non vi cuiusdam priuilegii fit, fed ideo, quod Princeps omnibus follemnitatibus fit maior, vid. praeter TABOR. *diff. de teftam. Principi vel Comiti oblato*, STRYCKII *difp. de teftam. Princ. vel Iud. per procuratorem oblato, &* BERGERI *Oeconomiam iuris Lib. II. T. IV. ʃʃ. 11. Not. I.* Atque eamdam ob cauffam non poffum in priuilegiatorum nu-

merum referre tabulas iudicio cuidam oblatas. CONRADI *diss. de testam. pub.. quod fit apud acta.* Pontifex porro omnibus sollemnitatibus soluit testamentum ad pias caussas *cap.* 2. X. *de testam.* Quamquam enim in *hoc capite* generatim duo vel tres testes requiri videatur: ratio tamen adiecta euincit, tantum testes veritatis caussa desiderari; atque adeo etiam nullis testibus adhibitis, sufficere scripturam, nihil dubito; quod pluribus haut exigui ponderis argumentis docent STRVVIVS *Exerc. XXXII. §. XXIII.* STRYCK *ad Brunnemann. Ius Eccles. L. II. c.* 12.

§. III.

Antequam vero ad ipsam tractationem accedo, quaedam principia ex iure anteponam, quibus argumenti mei expositionem adplicabo. 1) In priuilegii interpretatione illud sedulo adtendendum est, vt & priuilegium teneat, & mentem legem ferentis sequamur; ex quo reliqua tamquam ex fonte dimanant; quam ob rem 2) in priuilegiato testamento, quoties interpretatione opus est, duo capita meditationem occupant. Vnum eo pertinet, vt accurate peruestigemus, quid de sollemnitatibus remissum sit: alterum vt in caussam huius priuilegii inquiramus. Hinc 3) verbis & rationi opera danda est. Vis enim & potestas verborum legis, quam scire iuuat ICtum *L.* 17. *D. de leg.* tam in verborum significatione, quam ratione sita est, *L. 6. §. 1. D. de V. S.* 4) Priuilegia abeunt a iuris generalis tenore, adeoque tamquam singularia & exorbitantia haberi debent *L. 16. D. de leg.* 5) In singularibus & exorbitantibus restrictiua interpretatio locum inuenit *L. 14. D. eod. c. 2. & 8. de reg. iur. in 6to.* 6) Vno ergo remisso sollemni reliqua remissa

non

non censentur; nisi inter illud quod remissum est, & alterum tanta inueniatur coniunctio, vt illud vi consecutionis simul cessare debeat. Qua de caussa si eius indolis sit priuilegium, vt intelligatur, nihil praeter vltimae voluntatis probationem requiri, mulieres a dicendo testimonio in tali testamento non esse repellendas, recte colligitur. Nam cessat sollemnitatis ratio, ob quas, teste GELLIO *Lib. V. cap. 9.* in testamentis tamquam testes non poterant adhiberi *§. 6. Inst. de testam.* Add. SCHILT. *Exercit. X. tit. 10. §. VI.*

7) Vbi tamen vel eadem vel maior aderit ratio, verba priuilegii strictiora, ob laxiorem rationem, latius extendenda erunt. Quod confirmant *L. 13 & 14. D. de leg. L. 32. D. ad L. Aquil.* Maxime si fauorabilis caussa priuilegii deprehendatur *c. 15. de reg. iur. in 6to.*

8) Leges itaque quae in fauorem hominum sunt introductae, non in incommodum eorum detorqueri debent. *L. 3 & 28. D. de leg. L. 6. C. eod.*

§. IV.

His datis principiis me ad indagationem priuilegii, quod parentibus inter liberos testantibus concessum est, conuerto. Neminem autem fugit hoc priuilegium ex priorum Impp. constitutionibus latius patuisse, per nouam tamen IVSTINIANI constitutionem in *Nou. 107. cap. I.* strictioribus limitibus circumscriptum esse. Neque tamen ideo credamus, priores leges, quae priuilegium hoc introduxerunt, plane euanuisse, easdemque hac noua lege in totum esse abrogatas. Quod quum multi sibi persuaserint, in errores magnos inciderunt. Ego quidem ab his auctoritate PAVLI & TERTVLLIANI ICtorum *L. 26. 27 & 28. D. de LL.* discedo, qui, quemadmodum supra iam

tradidi, bene monent, etiam posteriores leges ad priores pertinere, nisi sint contrariae. Igitur e re mea erit, & antiquas leges & nouas inuicem componere, quo certius adpareat, quid *Nou. 107. cap. 1.* ex iure antiquo mutauerit, quidue reliquerit intactum. Quod vero stadium decurrendum eo lubentius ingredior, quum hac in re iam elaborauerint duumuiri ad iurisprudentiam iuuandam nati, IAC. GOTHOFREDVS *in Comment. ad L. 1. Cod. Theod. de familia herciscunda (L. 2. tit. 24.)* & VINNIVS *in select. Iur. Quaest. L. II. cap. 17.*, qui tamen, quod nostram tractationem adtinet, dissentit: vnam tamen vel alteram legem ad historiam huius rei spectantem, adiungam. Et primo quidem adnotandum est, *Iure Digestorum* parentum fuisse, vt anxia & misera diligentia cunctas sollemnitates & legum subtilitates obseruarent, si de decretorio illo die, & extrema hora cogitantes voluntatem suam & post fata ratam esse cupiuerint. At eadem iura patri inter liberos de rebus disponendi amplissimam concesserunt potestatem. Ita enim SCAEVOLA ICtus, *in L. 39. D. fam hercisc.* diuisionis patris inter liberos efficacis meminit. PAPINIANVS quoque in *L. 32. & L. 33. eod.* disertis verbis innuit, ius esse patri viuo inter liberos diuisionem instituere. Immo & ipse VLPIANVS in *L. 20. eod. Papiniani* sententiam referens, expresse loquitur de diuisione patris inter liberos citra testamentum, & sine scriptura, atque *Papinianum* eam non simplicem donationem, sed *supremi iudicii diuisionem* nuncupasse tradit. Ex his igitur adgnoscimus, quod hoc ius patri tantum sit datum, vt futurae hereditatis diuisionem possit instituere, & partes inaequales, salua tamen legitima, facere,

cere, ceu id docet SCHILT. *Exerc. ad Pand. 38. §. 122.* Hoc tamen planum eſt, de actu inter viuos modo eſſe locutionem, & nihil exinde de teſtamento imperfecto inter liberos valido poſſe deriuari, prout recte id adſerit IAC. GOTHOFR. *all. loc. ad Cod Theod.*

§. V.

Ordo me iam ducit, vt, quid ſuis conſtitutionibus effecerint Impp. paucis iam videam. Primo autem inuenimus, ALEXANDRVM Imp. quem HERODIANVS optimis Imperatoribus aemulum fuiſſe dicit, in *L. 8. C. de inoff. teſtam. parentibus arbitrium diuidendae hereditatis inter liberos non adimendum*, cenſuiſſe: *dummodo iſti quartam ex iudicio parentis obtinerent.* Conſtat autem, quartam veteribus fuiſſe ſine diſtinctione legitimam portionem, vsque dum Imp. IVSTINIANVS eam in trientem vel ſemiſſem mutauerit. *Nou. 18. c. 1.* Huic conſtitutioni iungamus illam, quam GORDIANO Imp. debemus, & qui in *L. 10. C. fam. herciſc.* iuſſit, *obtemperandum eſſe voluntati eius, qui inter heredes bona diuiſit, ſalua legis Falcidiae auctoritate.* Dum vero Falcidiae mentionem lex iniicit: facili modo quis poſſet adduci, vt credat, Imperatorem noſtrum non reſpexiſſe parentes tantum, ſed quoscumque teſtatores, iisdemque hanc inter heredes diuidendi licentiam conceſſiſſe. Sed ſciendum eſt, nullibi in legibus Romanis inueniri, quod alius quisquam, atque parentes, res ſuas ad futuram ſucceſſionem inſtruendam diuidere poſſit, niſi vel donationis inter viuos, vel vltimarum voluntatum formam habeat. Vnde & illud de *Gordiani* Conſtitutione adſerere merito erubeſcimus. Largior equidem, quod, ſicuti Lex Cincia modum poſuit donationibus, Papia dotibus,

dotibus, Caninia manumissionibus: ita Lex Falcidia ad certum finem legata cohibuerit. Sed haec Falcidiae significatio in illa lege esse nequit, quum nec de legatis, nec de alia eius generis vltima voluntate. sed tantum de simplici diuisione ibi sermo sit. Verius ergo erit, quod hoc verbum *Falcidiae* ipsam legitimam indicet, quia ante *Nou. 18.* legitima quartam aeque ac Falcidia partem continuit, atque a Falcidia ortum duxit, docente SCHVLTINGIO *Iurisprud. Anteiust. p. m. 381 sq not. 9.*: atque hinc Falcidiae adpellationem legitimae portioni liberis debitae saepius in iure adplicatam esse demonstrat BRISSONIVS *de V. S.* verb. *Falcidia.*

§. VI.

Hos excipiunt DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS Impp., quorum constitutio *L. 16. C. fam. hercisc.* ita tenet: *sed etsi tam circa testamentum, quam etiam codicillos iudicium eius deficiat, verum quibuscumque verbis voluntas eius declarata sit: licet ab intestato ei fuerit succesſum, ex SC. retentionis modo seruato, familiae erciscundae iudicio aditum iudicem sequi voluntatem patris oportere, iuris auctoritate significatur.* Haec dispositio ergo sequentia continet capita. 1) Patribus tantum inter liberos suos bona futurae successionis diuidere ius est; 2) liberi obsequium paternae voluntati, quoad hanc diuisionem, praebere debent; etiamsi testamentum & codicilli deficiant; 3) quibuscumque verbis haec diuidendi voluntas declarata sit; teneat tamen inter liberos. 4) retentionis vero modus ex SCto seruandus est. Quae verba certe de quarta legitima intelligenda, de qua SCtum factum esse coniicit FRANZKIVS *ad Dig. Tit. de inoffic. testam. ß. 25 seq.* Tantum cae-

te-

teroquin abeſt, vt, hos Impp. de teſtamento priuilegiato vel codilli cogitaſſe, credam; vt potius adſtipuler IAC. GOTHOFREDO, qui in not. ad *l. 1. C. Th. de famil. herciſc* rite monet, conſtitutionem adlatam valere de voluntate inter viuos liberis ad praeſtandum obſequium relicta. Et huic ſententiae ſuffragantur legis noſtrae verba ſequentia: *ſi tam circa teſtamentum, quam etiam codicillos iudicium eius deficiat etc.* Neminem igitur futurum eſſe, credo, qui in malam interpretaretur partem, ſi DIONYS. GOTHOFREDVM in notis ad hanc legem errorem fouere, contendam, dum ad minus ſollemnem vltimam voluntatem a ſequentibus demum Impp. informatam adplicet.

§. VII.

Succedit CONSTANTINI Imp. conſtitutio in L. *vlt.* C. *famil. herciſc.* *Tribonianum* quidem in illa interpolatione corrumpenda merum exercuiſſe imperium, IAC. GOTHOFR. *all loc.* latius tradit; euidenter enim patet, quod partim DIOCLETIANI & MAXIMIANI ex L. *16, d. tit.* partim THEODOSII & VALENTINIANI conſtitutionem ex L. *21.* C. *de teſtam.* admiſcuerit. Quo autem modo haec CONSTANTINI conſtitutio fuerit comparata, enoteſcit ex L. *1. C. Th. all.* Vt itaque adiiciam verba verae CONSTANTINI conſtitutionis, e re mea erit. Licet enim nullus dubitem, illam *Triboniani* compilationem valere, & in Germaniae foris eſſe receptam: tamen, vera legum viciſſitudo, hac in materie, quum a me ſit demonſtranda: gratiam eorum, qui antiqua cimelia ex aequo aeſtimare didicerunt, me initurum eſſe, confido, ſi veritatem huius deciſionis ante oculos ponam. Haec ſunt illius verba: *cum*

diui-

diuidendae res erunt, dubitari non potest, ab heredibus suis consensum sine vlla controuersia commodandum. Quod vero ad huiusmodi spectat scripturas, in quibus talis defunctorum mens fuisse inuenitur, vt de testamento intelligatur tantummodo cogitatum, etsi repugnare ius videatur, huiusmodi quoque conscriptiones inter suos duntaxat heredes valere oportet: quemadmodum valent scripturae, simpliciter inchoatae, quas nulla sollemnitatis adminicula defendunt, solis nixae radicibus voluntatis: licet enim sub testamenti vocabulo, coeptae, cum perfectae non sint, neque adpellari aliter vllo modo possint, euanuisse videntur, tamen dispositiones vltimae, coloratam iuris imaginem referentes, iustius in se legum procliuem fauorem debent prouocare. Quam ob rem, cum filiis ac nepotibus, ciuile iure, vel auxilio Praetoris vt suis heredibus, defuncti successio deferatur, etiamsi inceptum, neque impletum testamentum esse memoretur, vel si ab vtilitate verborum, vel solemnitate iuris inanis scriptura esse dicatur, considerari specialiter voluntatem placet, & obsecundari protinus cum res diuidentur, nec retineri amplius, quam quod singulorum personis detegatur, adscriptum, vt & memoria defuncti non violetur parentis, & occasiones litium dirimantur. Concedit igitur Imp. patribus amplissimam facultatem bona, resque suas inter liberos suos, nempe sub patria potestate constitutos, filios & nepotes diuidendi. Et in hoc nihil noui continetur, quippe quod antecedentium Impp. sanctionibus conuenit. At quum ex testamento patris imperfecto, & omni scriptura a subtilitate verborum ac solemnitatibus iuris vacua, modo de patris voluntate constet, obsequium suis libe-

liberis imponat: quamdam ſane iuris antiqui ſiſtit mutationem. Enim vero notum eſt, antea nec imperfectum teſtamentum, nec codicillos imperfectos fuiſſe admiſſos ad faciendam inter liberos diuiſionem. CONSTANTINVS ſaluberrimae ſuae diſpoſitioni has rationes adfert: *vt & memoria defuncti non violetur parentis & occaſiones litis dirimantur.* Et ex hoc elucere, opinor, perquam male inuicem cohaerere verba in *L. vlt. C. fam. herciſc.* a TRIBONIANO interpolata, quae ita ſonant: *ſiue quocumque alio modo ſcripturae, quibuscunque verbis vel indiciis inueniantur relictae.* Luce enim eſt clarius, nec verbum de indiciis, nec coniecturam quamdam deprehendi in *incorrupta* CONSTANTINI *lege.*

§. VIII.

Scio equidem, DIONYS. GOTHOFREDVM not. a) ad hanc legem verbum *indiciis*, de notis, quas Graeci σημεῖα vocant, intelligere, eumque hac in re ſequi CVIACIVM *L. 3. obſ. 3.*, qui ex eo, quod CONSTANTINVS nullas litteras requirat, ſuam firmare intendit ſententiam.; ſed hoc argumentum pondere deſtituitur. Num enim quaeſo ſequitur; CONSTANTINVS in hac ſua ſanctione non iniecit mentionem litterarum: ergo permiſit, vt notis patres vltimam conderent voluntatem? Quod vt credam, non adducor: licet multi, qui CVIACII ſententias prae ipſis veterum legum oraculis ſectari ſolent, adplaudant. Verba enim conſtitutionis CONSTANTINI, prouti in Cod Theod. continentur, haec ſunt: *Etiamſi inceptum neque impletum teſtamentum eſſe memoretur, vel ſi ab vtilitate,* (aut vt alii; ſubtilitate vel futilitate) *verborum vel ſollemni-*

lemnitate iuris inanis scriptura esse dicatur. Nae! ille sensum huius constitutionis minus habet cognitum atque perspectum, qui sibi persuadet, ex adlatis verbis commode hoc, quod CVIACIVS effinxit, posse depromi. Nam cui ignotum est, nec ceptum dici posse testamentum, in quo notae deprehenduntur: quippe quae quum multi subtili ac varia earum interpretatione in fraudem inducerentur, magnaeque insuper iudicantibus & discentibus tenebrae inde offunderentur, iam iam olim in testamentis paganorum prohibitae, & modo admissae erant, si milites vltimae voluntatis tabulas scriberent *L. 40. pr. D. de testam. milit. L. 6. §. 2. de bonor. poss.* Immo ex reliquis verbis hoc etiam certissime adparet, quod tantum sufficiant *verba a subtilitate verborum & sollemnitate iuris inania.* Nec par esset, si litteras, quatenus a notis differunt, referre velimus aut ad subtilitatem verborum, aut ad iuris sollemnitates. Siue itaque CVIACIVS intelligat notas in specie sic dictas, seu signa, Zifras, siue siglas, nempe singulas litteras, de quibus videri potest IO. NICOLAI in Tr. *de siglis veterum:* neutra tamen significatio ad hunc CONSTANTINI incorruptum textum poterit adplicari. Et nonne tota ratio ab Imp. nostro adiecta: *vt occasio litium dirimantur,* annihilaretur; si credibile esse statueremus, quod CONSTANTINVS leges illas veteres, tam salubriter notas in testamentis prohibentes, immutare voluerit. Accedit, quod is bonae interpretationis limites excedere putandus sit, qui legem correctoriam statueret, vbi verba opposita prioribus legibus non deprehenduntur, immo ipsa ratio contrarium docet.

§. IX.

§. IX.

Sed redeamus e diuerticulo in viam. Non vrgebo, quod CONSTANTINVS, nec ad verborum ſubtilitatem, nec ad ſollemnitatem teſtamentorum alias requiſitam, reſpici voluerit. Ipſe enim, indignum eſſe quum arbitraretur, vt ob inanem obſeruationem verborum, irritae fierent tabulae & iudicia mortuorum; verborum ſollemnitates in teſtamentis abrogauit *L. 15. C de teſtam.* Quod autem ex ſolis indiciis voluntas patris ſit capienda, nullo modo ex verbis legis elici poteſt. Immo & ipſa ratio CONSTANTINI conſtitutionis in fine adiecta: *vt occaſiones litis dirimantur*, plane contrariam Imp. noſtri mentem docet. Caeterum id etiam adnotaſſe e re erit, quod eiuscemodi teſtamentum patris imperfectum valeat modo inter ſuos heredes, quorum genera diuerſa erudite recenſet ill. IO. CHR. GEBAVERVS in diſſ. *de ſucceſſione inter ingenuos iure ſanguinis ab inteſtato ciuili, Sect. I. ʃ. 7 ſeq.* & GEORG. LVD. BOEHMER in diſſ. *de herede ſuo ab hereditate ſe abſtinente & ſe immiſcente, cap. 1. ʃ. 3.* Non igitur SCHILTERO *Exerc. 38. §. 128.*, ſed IAC. GOTHOFREDO aures erunt praebendae, qui l. c. multo eruditionis adparatu docet, commentum *Triboniani* eſſe, quod & ad emancipatos liberos extenderit hancce conſtitutionem. Hoc tandem obiter moneo, quod CONSTANTINVS noſter etiam matri conceſſerit, vt viua partes ſucceſſoribus liberis adſignaret, & vt firma eius eſſet voluntas iuſſerit: *ſi modo vsque ad extremum eius viuendi ſpatium voluntas eadem perſeueraſſe doceatur, L. 2. C. Th. de famil. hercifc.*

§. X.

Sequntur iam THEODOSIVS & VALENTINIANVS, qui in *L. 21 §. 1. C. de testam.* paucis, sed strictis verbis disponunt: *ex imperfecto testamento voluntatem defuncti non tenere, nisi inter solos liberos a parentibus vtriusque sexus habeatur.* Quis igitur non videt, hosce Impp. in eo anteriores constitutiones mutasse, vt, prudenti sane consilio, vtriusque sexus parentibus imperfecto testamento inter liberos testandi licentiam concesserint. De reliquo autem constitutiones priores saluae manserunt, quum illis nouum quoddam ius, quod est grauius, additum sit. Quam ob rem si leges anteriores cum hac posteriori comparo summa iuris, quod parentibus competit, haec est: parentum vtriusque sexus scripturam quamcumque, siue de testamento aut codicillis cogitauerint, nec tamen quum sollemnitate confecerint, ratam habendam esse inter liberos tam suos, quam emancipatos, modo ex scriptura de voluntate parentum constet. Caeterum quod de scripta tantum voluntate in illa lege sit sermo, non tantum ex toto contextu, introitu legis combinato, patet: sed & inde conspicuum redditur, quod in sequenti §. 2, de nuncupatiuo testamento agente, huiusmodi priuilegii parentum inter liberos nulla mentio fiat.

§. XI.

Videamus iam, quid noui IVSTINIANVS statuerit. Et primo loco *Nou. 18. cap. 7.* erit ponderanda. Nouam vero formam Imp. noster in *laudata Nou.* dat diuisioni patris inter liberos, omnisque illius intentio eo redit, vt scilicet pater indubitatam debeat

debeat liberis dare diuisionem, quo omnes hac ratione inter liberos euitarentur contentiones. Disponit autem, vt testator vel in testamento perhibeat diuisionem, vel diuisioni alia scriptura factae, ipse subscribat, aut filios vniuersos subscribere praeparet. Hanc vero formam in antecedentium Impp. constitt. nulli deprehendimus, optime autem ad indubitatam fidem diuisioni patris comparandam, & ad quascumque contentiones liberorum exterminandas facit. Neque tamen parentibus vtriusque sexus potestas diuidendi data videtur, quum patris tantum meminerit Imp. Hoc tamen me non retinet, quo minus hanc dispositionem etiam ad matrem extendendam esse contendam. IVSTINIANVS enim constitutionem CONSTANTINI ante commemoratam, qua matri etiam beneficium eius generis impertitus est, non commutauit. Accedit, quod THEODOSIVS quoque, vti dixi, iam matribus indulserit imperfecto testamento inter liberos disponere; qua de re, quum maius concesserit: minus quoque nempe diuisiones sine testamento, impertiri voluisse credendum est. Quo circa & idem de IVSTINIANO adferere nullus erubesco; quippe qui hancce legem non sustulit, sed aliam formam deinde in *Nou. 107. cap. 1.* adiecit. Immo *si h. Nou.* eiusdemque *cap. 3.* consideramus: etiam exinde mea sententia defenditur. Enim vero in toto hoc capite non mentio patris fit, sed lex generaliter loquitur de personis illis, de quibus in antecedentibus capitibus erat actum. Quum autem haec de parentibus vtriusque sexus loquantur: recte coniicitur, etiam hoc caput illas personas respicere.

 §. XII.

§. XII.

Atque sic hucusque vicissitudines illas, quae ante *Nou.* 1. 7. *c.* 1. formam dispositionis parentum inter liberos plenius instruentem, circa parentum voluntates in legibus Romanis obueniunt, pro virili explanaui. Iam itaque ad ipsam hanc nouissimam priuilegiati parentum testamenti instructionem in laud. *Nou.* 107. *cap.* 1. me conuerto. Est vero haec constitutio omnino noua a IVSTINIANO sancita; eam autem omnes anteriores leges e medio sustulisse tuto adseri nequit, illudque eo certius adparebit, si totam huius legis connexionem antiquioribus adplicamus. Vt itaque rem a primordio adgrediar: primo loco me ad *h. Nou.* praefationem adcingo, quo reddatur conspicuum an Imp. noster pristinas leges mutare voluerit: CONSTANTINI & THEODOSII constitutt. ipsi, vt ex praefatione adparet, ansam dederunt ad exarandam *hancce Nouellam*. Ex eis vero, quae supra iam tradidi, quilibet videbit, quod friuola correptio legis CONSTANTINI a TRIBONIANO facta Imp. IVSTINIANVM seduxerit. Enim vero nec CONSTANTINVS nec THEODOSIVS vmquam disposuerunt, quod ex quibusdam tantum indiciis & coniecturis voluntates parentum declaratae firmitatem habere debeant.

§. XIII.

Ex his autem licet clare eluceat, hanc interpolationem *Triboniani* nullo modo menti CONSTANTINI & THEODOSII conuenire, nihilominus, vt rite voluntatem Imp. IVSTINIANI in *nostra Nou.* ex verbis & ratione interpretemur, supponendum est, hunc Imp. Antecessorum suorum constitutiones

ita

ita intellexisse vti *Tribonianus* eas in Codicem retulit. Qua de caussa si praefationem cum ipsis capitibus *Nou.* comparamus; haec sententia IVSTINIANI profluit: bene quidem CONSTANTINVM & THEODOSIVM egisse, quod parentes ab obseruatione sollemnitatum testamentorum liberauerit, sed hac in parte eorum leges emendatione indigere, quod etiam non manifestas parentum dispositiones, si modo ex quibusdam indiciis & coniecturis, & qualibet scriptura adpareant, validas habuerint; siquidem hoc modo vberrimae litium occasiones orientur. Hoc etenim indicant verba praefationis: *hanc adprehendentes licentiam homines in tantam ingressi sunt obscuritatem, vt diuinantibus m gis quam interpretantibus haec egerent. Itaque neque personas scribentis, neque rerum dicentes notitiam, & forte nec quantitatem, tamen dignantur coniecturis & verosimilium ratione talia permittere.* Vltima verba perquam obscura, accuratius secundum graecum textum ita tradit HOMBERGK zum VACH. *Nam cum neque personas scribant, neque rerum notas indicent, & forte ne quantitatem quidem, coniecturis tamen & praesumtionibus talia committere volunt.* Docent hoc deinde verba initialia *cap. 1. nos igitur omnia clara & aperta consistere volentes;* & porro: *vt vndique clarae & indubitatae consistant;* atque tandem paullo post sequentia: *vt eius litteris omnia declarata nullam vlterius contentionem filiis derelinquant.* Nisi itaque omnia verae interpretationis principia contemnere velim, hoc statuere cogor: falsam esse quorumdam adsertionem, quod *h. Nou. 107. cap. 1.* omnes anteriores leges CONSTANTINI & THEODOSII abrogauerit.

 Fateor,

Fateor, me hoc non inuenire. Ego potius ita arbitror interpretandam esse hanc *nouam* IVSTINIANI *legem:* quod Imp. in eo priores leges emendauerit, vt indiciis & coniecturis in testamentis parentum inter liberos locus non relinquatur, caeteroquin vero CONSTANTINI & THEODOSII constitutt. magis confirmauerit, quam abrogauerit.

§. XIV.

Videamus ergo, quam formam Imp. quo omnia in testamento parentum inter liberos clara & aperta sint, praescripserit: 1. talis testator requiritur, qui litterarum peritus est, verb: *volumus, si quis litteras sciens etc.* Non autem satis erit, testatorem legere posse, sed, vt scribendi artem calleat, necessarium eo certius puto, quod & reliqua forma definita ad scripturam testatoris spectat. 2. inter filios suos disponere debent parentes. Quod vero hoc etiam ad filias pertineat, dubitari nequit L. *1. D. de V. S.* Sed, an vlterioris gradus descendentes comprehendantur, ambiguum videri posset; quum aliter filii, aliter nepotes appellentur *§. 5. Inst. qui testam. tut. dari poss.* Hoc vero illam tenet rationem, quod si etiam nepotibus tutoribus testamentariis non sit prospectum, legitimi, vel si hi etiam defecerint, a magistram tutores dentur. In aliis vero argumentis, potissimum si fauor liberorum occurrit qui omnino in priuilegio parentibus inter liberos dato deprehenditur, potius norma interpretandi in L. *201. D. de V. S.* tradita; qua nepotes filiorum nomine continentur, obseruari debet.

§. XV.

§. XV.

Requirit vero & hoc nostra *Nou.* 3. *vt parens propria manu hoc testamentum conscripserit.* Vix ergo illis adstipulari queo, qui, etsi ab aliis vltima voluntas parentis calamo excepta sit, subscriptionem parentis sufficere adfirmant. Quid vsu fori probatum sit, hic non adtendo, quum hoc tantum explicare velim, quod intentioni legislatoris consentit. IVSTINIANVS autem clare satis disposuit, ad quem finem hanc nouam sanctionem dire\xerit. Voluit vero, vt vndiquaque clara & indubitata sit voluntas parentum inter liberos testantium, ita vt eorum litteris omnia declarata sint, quo nullam vlterius contentionem liberis relinquant. Quae quum ita sint adparet omnino ipsorum parentum scripturam in hoc testamento requiri. Si enim subscribant tantum testamento ab alio conscripto, licet omnes cautelas, quas STRYCKIVS *de caut. test. cap. 10. ff. 20.* & RICHTER *de exposit. Auth. ad Auth.* L. *6*, C. *tit. 23. n. 12 seq.* tradunt adhibuerint: tamen satis superque notum est, quantae defraudationes dentur, quibus testator facilius ad subscribendum moueatur, haut raro cogatur. Equidem non nego, quod testator & iisdem artificiis ad ipsum conscribendum testamentum praeparari possit. Sed hoc tamen difficilius, facilius subscriptionem impetrari posse nemo negabit. Igitur quum liberi noscere praesumantur scribendi genus parentis sui, non sine spe auguror, quod cordatiores mihi daturi sint, menti legislatoris magis conuenire, vt propria manu parentis testantis testamentum conficiatur, quam si ab alio conscripto tantum subscribatur. Ex quo de errore

HOMB. *zum* VACH conftabit, qui Imp. hoc tantum voluiffe dicit, vt teftator principium teftamenti propria manu fcribat.

§. XVI.

Relliqua requifita, nifi me omnia fallunt, hoc ipfum confirmant. Iubet enim 4. Imp.: *vt parens teftator fua fubfcriptione tempus conditi teftamenti declaret* Ita vetus interpres textum graecum tradit; fed male, quod recte notat *alleg.* HOMB. *zum* VACH, fiquidem verbum in graeco textu προγράφειν non *fubfcribere* fed *praefcribere* fignificat. Exigitur porro 5. *vt filiorum nomina teftator propria manu fcribat.* Quamquam vero me non fugit, plurimos in ea verfari fententia, quod hoc per *Nou. 119. cap. 9.* mutatum fit, ita vt ibi etiam per alium fcribi nomen heredis poffe IVSTINIANO placuerit. His tamen non omnino confentio: primo enim certum eft iuris principium: quod lex correctoria generalis ad priorem fpecialem non pertineat; qua de re, quum haec lex maxime ad *L. 30. C. de teftam.*, quae conftitutionem *h. Imp.* de heredis nomine vel propria manu fcribendo, vel coram teftibus nuncupando continet, fpectet, ad hanc fpecialem fanctionem adplicari nequit. Deinde vero & ratio in *noftra Nou.* tradita, quam fupra confirmaui, & eius reliqua verba omnia ad fcripturam pertinent. Quibus commoueor, vt ftatuam, *Nou. 119. illam* nihil commutaffe.

§. XVII.

Vlterius 6. vult Imp.: *vt parens teftator liberos heredes fcribat.* Ex quo iufte infertur, quod exheredatio in hoc priuilegiato teftamento fieri nequeat. Eamque fententiam communem in foro receptam dicit

dicit STRYCKIVS *alleg. loc. §. 18.* Qui tamen cum LVDWELL. *Tractat. de vltim. volunt. P. 2. c. 3. reg. 3.* adserit hanc opinionem legibus non conuenire, rationem addendo, quia illa supponat hoc priuilegium vnice in fauorem liberorum introductum esse, hoc vero principium falsitate laborare. Largior falsum hoc esse principium, nego vero quod ideo communis haec opinio legibus contradicat. Illud potius adfirmo, hocce priuilegium fauorem tam parentum, quam liberorum continere, & inde propitio iure consequitur, quod in odium liberorum detorqueri non debeat. *L. 25. D. de leg.* Istud vero futurum esset, si priuilegium hoc etiam ad exheredationem extendere velimus. Retorqueri autem haec regula, ad parentes facta adplicatione, minime poterit, quum odium exheredationis liberos tangat, non parentes. Atque parentibus hac in parte satis prospectum est, quod sollemni testamento liberos, hac poena dignos, exheredes scribere possint. Accedit praeter ea manifesta iuris regula, quae odiosa restringere, non extendere dictitat. Ideoque quum in *nostra Nou.* Imp. heredis institutionis tantum meminerit, nullo iure haec verba ad exheredationem porrigimus.

§. XVIII.

Tandem 7. requiritur: *vt testator parens vncias, in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum significet, sed per totas litteras declaret.* Fateor quidem, haec verba modo, si stricte capiantur, ad siglas numerorum, vel zifras pertinere; nihilo tamen minus recte omnes commentatores in *h. Nou.* statuunt, IVSTINIANVM omnes notas &

ſiglas in hoc priuilegiato teſtamento prohibuiſſe. Quam enim fallax & lubricum hoc ſcribendi genus ſit, egregie docent GVID. PANCIROLL. *in memorab. L. 2. Tit 14.* SALMVTH *ad* PANCIROLL. cod. loc. MABILLON *de re diplomat. L. I. Cap. 11. ſ. 6. ſqq.* NICOLAI *de ſiglis veterum cap. 12.* aliique, quos heros ille iurisprudentiae *B.* BOEHMERVS in pereleganti *diſſ. de ſcripturis non legibilibus cap. 1. ſ. 11. ſqq.* exhibet, ſimulque rem inſigniter illuſtrat. Quum itaque IVSTINIANVS *Imp. in h. Nou.* omnem operam dederit, vt in talibus teſtamentis nihil obueniat, quod dubitationem et contentionem excitare poſſit: vt omnia clara, aperta & indubitata ſint: certe etiam notas in reliqua parte teſtamenti admittere non potuit. Immo, dum ne zifras quidem quoad numerum vnciarum adhiberi vult, quae tamen faciliores ad intelligendum erant; eo magis credendum eſt, quod nec alias fallaciores notas in tali teſtamento ſuſtinuerit. Miror, quod RITTERSHVS. in *Iure Iuſtin. P. VI. c. 2. n. 8.* RICHTER. *Expoſ. Nouell. ad Auth. L. VI. Cod. Tit. 23. n. 18. ſqq.* notas & zifras vſitatas admittant; SONNEMANNVS quoque in *Iure Nouell. ad hanc Nouell. C. I. n. 7.* cum CARPZOVIO *P. III. Conſtit. 3. def. 4.* & *Conſtit. 4. def. 17.* abbreuiaturas vſitatas hoc teſtamentum non vitiare, defendere ſtudeant. Ego quidem has ſententias menti *Imp.* contrarias puto. Prohibitio enim in *h. Nou.* manifeſto liquet. Lites exinde vberrimam occaſionem nanciſcuntur. Fraudibus pariter via ſternitur, quum numeri ſeu zifrae facilius corrumpi poſſint, quam totae litterae; abbreuiaturae etiam fraudulenter, modico ſpatio exiſtente,

ſtente, interponi queant, quod integris litteris difficulter fiet.

§. XIX.

Ex his omnibus, quae huc vsque ex *Nou. noſtra* protuli, vix in dubitationem venire poterit, maximum errorem illi, fere communi, ſententiae ineſſe, quod parentes inter liberos etiam nuncupatiuum teſtamentum coram duobus teſtibus condendi facultatem habeant. Eſſe autem hanc communem opinionem nemo forte negabit, qui MÜLLERVM *ad Struv. Ex. 22. Lib. 28. Tit. 1. theſ. 18. not. o)* euoluerit. Interim mihi ſolatium & auxilium praeſtant MARTINVS antiquus Gloſſator & SALICETVS in *Auth. Quod ſine* C. *de teſtam.* nec non ANTON. FABER *de Error. Pragmat. Decad. 35. Err. 4.* Non quod legum clara diſpoſitio alius auctoritate indigeat: ſed ne nouaturiens aliis videar. Congeram argumenta non ex *h.* tantum *Nou.*, ſed reliquas quoque leges & principia coadunabo. Primo autem, ſi totam hanc IVSTINIANI *Nou.* omni adhibita circumſpectione, conſideramus, nullum veſtigium de nuncupatione voluntatis vltimae parentum inter liberos ibi deprehenditur. Immo requiſita quae ante iam ex *ipſis verbis Nou.* tradidi, ita ſunt comparata, vt ad nuncupatiuum teſtamentum nulla ratione trahi poſſint, omnia potius ad ſcriptum a parentibus teſtamentum coadunate conſpirent. Deinde, ſi CONSTANTINI & THEODOSII conſtitt. quas, ſi lubrica iſtiusmodi teſtamenti indicia, quae *Tribonianus* his Impp. adfinxit, ſeponimus, IVSTINIANVS, prout ſupra dictum eſt, confirmauit, omni ſcrupuloſa adhibita interpretatione examinantur, nullus

nullus inueniet verbum de nuncupatiuo teſtamento, nec rationes *illorum Impp.* credere ſinunt eos de nuncupatiuo teſtamento cogitaſſe. CONSTANTINI profecto conſtitutio in *L. vlt.* C. *fam. hercisc.*, ſecundum anterius expoſita, non ſuadet hanc interpretationem.

§. XX.

Atque hanc meam ſententiam maxime corroborat THEODOSII & VALENTINIANI *L. 21. §. 1. C. de teſtam.* Quum enim in *h. L. praef.* de teſtamenti ſcripti ſollemnibus egerint, in *ſ. 1.* adiicitur: *ex imperfecto autem teſtamento voluntatem tenere defuncti, niſi inter ſolos liberos a parentibus vtriusque ſexus habeatur, non volumus.* Pergunt *Impp.* in *ſ. 2. h. L.* ad ſollemnia teſtamenti nuncupatiui, ibique ſtrenue ſanciunt: *quod per nuncupationem, hoc eſt ſine ſcriptura, teſtamenta non alias valere debeant, quam ſi ſeptem teſtes ſimul, vno eodemque tempore collecti, teſtatoris voluntatem ſine ſcriptura facientis audierint.* Nulla autem hic fit mentio exceptionis teſtamenti parentum inter liberos nuncupatiui & quidem priuilegiati. Ideoque regulae artis interpretandi absque dubio hoc ſuadent, vt, quum hi Impp. antea in *ſ. 1.* ratione teſtamenti ſcripti exceptionem intuitu teſtamenti parentum inter liberos fecerint, in *ſ. 2.* autem, nuncupatiui teſtamenti ſollemnitates ordinantes, nullatenus hoc teſtamentum exceperint, certiſſima mens ipſorum fuerit, quod parentes inter liberos oretenus teſtantes, omnes ſollemnitates alias conſuetas adhibere debeant.

§. XXI.

§. XXI.

Neque IVSTINIANVM in *nostra Nou.* abhinc discessisse, atque quidquam mutasse, congrua quadam ratione defendi potest. Quod ipsa verba hac in re nullam mutationem teneant demonstraui, atque probatum dedi, quod priuilegia a iuris generalis tenore declinantia restringenda sint, nisi eadem vel maior ratio extensionem suadeat. Profecto debilitas virium mearum non patitur, vt vllo modo possim introspicere, quo negotio ex ipsis clarissimis *Nou.* verbis, & saepius tradita ratione, vel eadem, vel maior ratio ad testamentum parentum inter liberos nuncupatiuum quadret. Principalem suae *Nou.* rationem IVSTINIANVS repetitis vicibus exhibet: vt vndique in testamento parentum inter liberos omnia clara, aperta, & indubitata sint, neue aliqua ad contentionem liberis occasio relinquatur. Quod autem in testamento parentum inter liberos nuncupatiuo, coram duobus testibus condito, neque eadem, multo minus maior adsit ratio, facillime patebit, si demonstrauero, quam exiguam fidem IVSTINIANVS, cum aliis Impp. antecedentibus, duobus testibus in vltimis voluntatibus dederit. Atque ex hac neglecta consideratione credo errorem dissentientium propulasse, qui hoc solum sibi cordi habuere, quod lex posterior deroget priori legi. Quam vero hoc sit alienum a vera indole boni interpretis, supra explicaui.

§. XXII.

Quid fidei IVSTINIANVS duobus testibus in probatione vltimae voluntatis tribuerit, *L. vlt.* C. *de fideicomm.* ante oculos ponet. Ita enim loquitur: *quum*

quum enim res per testium sollemnitatem ostenditur, dum & numerus testium, & nimia subtilitas requirenda est. Lex enim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, maiorem numerum testium expostulat, vt per ampliores homines perfectissima veritas reueletur. Euidentissima haec est voluntas *Imp.* duos testes in vltima voluntate respuens. Idque iam antea quoque disposuit THEODOSIVS in L. *vlt.* §. *3.* C. *de codicill.* dum dicit: *in omni vltima voluntate, excepto testamento, quinque testes adhiberi debent.* In testamentis autem *idem Imp.* septem testes requisiuit L. *21.* C. *de testam.* Nec quisquam obiicere poterit, L. *vlt.* C. *de fideic.* tantum de aliis testatoribus, non parentibus, quibus priuilegium amplissimum datum est, loqui. Nam, quum IVSTINIANVS in *nostra Nou.* tantam curam adhibuerit, vt in testamentis parentum inter liberos omnia clara & indubitata adsint, & contentiones euitentur, certe non est creditu dignum, quod Imp. qui in aliis vltimis voluntatibus duos testes non admisit, ob hanc rationem: *ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum,* in testamento parentum inter liberos aliud obseruari, & sic falsitatibus atque certaminibus occasionem nauare voluerit.

§. XXIII.

Accedit & aliud argumentum, ex quo demonstrari potest, quam caute legislatores prospexerint, ne testamenta aliqua falsitate corrumpantur, & ideo, etiamsi magna ratio adfuerit testium numerum restringendi, strenue tamen septem testium adhibitionem

nem iniunxerint. Exemplum dabit testamentum priuilegiatum tempore pestis conditum. Profecto, si vmquam, in hoc testamento perpetuus contagionis metus, homines a familiari consuetudine absterrens, suadere videbatur, vt minor testium numerus admitteretur. Nihilominus tamen DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS in *L. 8. C. de testam.* testium tantum consociationem vno eodemque tempore, neutiquam vero septenarium numerum remiserunt. Maxime autem in testamento nuncupatiuo cauendum est, ne duobus adhibitis testibus testamentum aliquam falsitatem incurrat. Primo nempe, duo testes facilius corrumpi ac decipi possunt: deinde, quae ore sunt prolata saepius obliuioni traduntur: postremo, decedentibus his testibus testamentum euacuatur. Securius itaque omnino agitur, si plures testes requirantur, quum hic metus, de quo dixi, hoc modo multum diminuatur.

§. XXIV.

Quod autem timenda corruptio duorum testium omnino vera fuerit ratio, ob quam IVSTINIANVS *L. vlt. C. de fideic.* testimonium duorum testium in vltimis voluntatibus ipsius adtentionem non meruerit, non tantum ex verbis: *ne quid falsitatis incurrat* euincunt, sed & per *Imp. constitutiones* in *L. 18. C. de testib.* & *Nou. 90. c. 2.* corroboratur, quas leges peculiari commentatione illustraui modo. Exinde enim edocemur, quod scripturis plus fidei quam testibus, potissimum in negotiis arduis haberi debeat, dum *Imp.* ibi dispo-

nit,

nit, quod contra ſcripturam debiti confeſſionem continentem ſolutionem debitor non duobus, ſed quinque idoneis teſtibus probare teneatur, atque cauſſam huius legis ab initio his verbis tradit: *teſtium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur, prout poſſibile reſecantes.* Quotidiana experientia hoc quoque corroborat. Haec itaque argumenta ſufficiant ad confirmandam ſententiam; quod teſtamentum parentum inter liberos priuilegiatum ſine ſcriptura iure ciuili ſit inualidum, adeoque, ſi nuncupatiue teſtamentum condere velint, ſeptem teſtes adhibendi, omnisque alia teſtamentorum ſollemnitas obſeruanda ſit.

§. XXV.

Transeo ad obiectiones a disſentientibus motas. VINNIVS in *ſelect. iur. quaeſt. L. 2. c. 18.* a me plane eſt alienus multisque argumentis contrariam ſibi ſententiam euacuare ſtudet. Adſerit autem 1) in *conſtitutione* THEODOSII & VALENTIANI *L. 21. ſſ. 1. C. de teſtam.* duas propoſitiones ineſſe; alteram: aliorum teſtamenta imperfecta non valere; & hoc quidem ſine exceptione Impp. dixiſſe, ſiue ſcripta, ſiue nuncupata ſint; alteram: imperfecta teſtamenta parentum inter liberos valere. Quemadmodum ergo prior propoſitio generalis eſſet; ita & poſteriorem tam de ſcripto, quam nuncupatiuo teſtamento accipiendam eſſe ſtatuit. Sed omnino nego priorem propoſitionem vt generalem eſſe allatam; reſpicit potius, quae antecedunt, in quibus

de

de scripto testamento tantum disseritur. Id quod luculentius ex initio *§. 2. h. L.* elucet, quum dicitur: *per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus.* Superuacanea sane haec verba essent, si hanc VINNII interpretationem sectemur. Et quis est, qui nesciat, quantopere forma nuncupatiui & scripti testamenti distet? 2) Constitutionem CONSTANTINI in *L. vlt. C. fam. hercisc.* ita interpretatur, vt etiam non scriptas vltimas voluntates pertingat. Sed nihil adfert, nisi quod in h. L. etiam testamentorum & codicillorum mentio fiat, quae tam in scriptis, quam oretenus perficiuntur. At vero verba subsequentia, *siue quocunque alio modo scripturae*, docent, quod priora ad nuncupationem voluntatis pertinere non possint. Incongruum autem foret, haec verba secundum mentem VINNII tantum ad verba, *seu epistola parentis*, componere, quae interpretatio tanto aegrius est ferenda, quo certior ex veris *Legis* CONSTANTINI verbis, quae *Cod. Theod.* memoriae seruauit, liquet, verba haec *Triboniani* manu correpta esse.

§. XXVI.

Ex quo etiam 3) illa VINNII ratio abunde refellitur: quod non verosimile sit, eum, qui vult subsistere voluntatem patris quocumque scripto & quibuscumque indiciis declaratam, & qui aenigmata & coniecturas admittit, nolle seruari voluntatem patris verbis coram testibus nuncupatis. Primum enim de indiciis, aenigmatibus,

eius-

eiusque generis similibus CONSTANTINVM non cogitasse, sed commentum Triboniani esse, per ea, quae modo exposita sunt, satis euincitur; secundo, numquam dubitaui, Imp. etiam nuncupatiuam vltimam voluntatem parentum inter liberos sartam tectamque seruare voluisse. In eo autem non versatur controuersiae cardo, sed hoc in lite est, an priuilegiato modo tale testamentum, ex h. Imp. auctoritate, coram duobus aut tribus testibus condere parentibus indultum sit. Quod vero VINNII rationibus nullo negotio demonstratur. Non est porro, vt ANT. FABRI rationem, nempe: *vt omnis falsi comminiscendi ratio praeripiatur*, perstringat. Veritatem huius rationis FABRI iam ostendi. Nec obstat, quod *L. 15. C. de fide instrum.* testium testimoniis & instrumentis aequalem fidem tribuat. Partim enim, quod contrariis exemplis, potissimum in materie testamentorum docui, non semper hoc obtinet; partim h. L. non de duobus testibus loquitur. In testamentis & aliis vltimis voluntatibus certe plures testes requiri in aprico est. Fallacem de caetero comparationem litterarum, ad quam aliquando, disceptatione de manus recognitione suborta, confugiendum est, omnino esse, nihil ambigo. Sed, quod ad testamenta parentum inter liberos adtinet, hoc in considerationem maxime venit, quod liberi parentum scribendi genus plerumque curatius noscant. Naturalis & reuerentia & pietas liberorum erga parentes eos monere, immo prohibere praesumitur, ne fraudulenter parentis scripturam, ipsis notam, abnegent

Testi

Testibus vero vt credant, reuerentia eos certe non obligat, nisi omnia sollemniter peracta sint, & de parentis voluntate dubitari non possit. Praeter ea alienae scripturae imitatio certe non tam facilis est, quam duorum testium correptio aut deceptio. De signis & notis vero desumta dubitatio iamiam a me refutata est, quum ostenderim, *Constantinum* nec notas, nec signa admisisse. Quae vlterius VINNIVS contra FABRVM ex *L. 24. D. de testam. milit.* adfert, partim a FABRO *supra alleg. loc.* satis explosa sunt, partim hoc expeditum est, quod ea, quae de testamentis militum disponuntur, hoc testamentum, de quo agitur, non feriant.

§. XXVII.

Tandem ille in *L. 16. C. famil. hercisc.* quae est DIOCLETIANI & MAXIMIANI, se inuenisse credit, quod hi Impp. quamlibet siue scriptam, siue nuncupatam voluntatem parentum admiserint. Sed iam supra euacuaui vincendi spem. Si enim, quod a VINNIO dicitur, veritate sua constat, hoc tamen nemo inficias ibit, hanc constitutionem tantum de diuisione patris inter viuos, non vero de testamento parentum inter liberos priuilegiato disponere; adeoque, quum posteriores Impp. aliud sanciant, illorum Impp. constitutionem normam testamento parentum inter liberos non sistere. Immo, si etiam omnia, quae de constitutionibus ante Imp. IVSTINIANVM latis adseruit, concedam, hoc tamen ipsi non largiar, quod IVSTINIANVS ratione nuncupatiui testamenti nullam mutationem

Tt 2 fece-

fecerit, quum ea, quae de verbis & ratione *Nou.* 107. *Cap.* 1. prolixe ostendi, contrarium euidentissime doceant. Aliam caussam tradidit STRYCK. *de caut. testam. cap.* 10. *§.* 11. quod nempe nulla ratio adsit, quare Imp. illis tantum beneficium concesserit, quorum parentes scribere queant. Adest autem omnino ratio: quod coram duobus testibus oretenus conditum testamentum facile falsitatibus & certaminibus implicari possit, vt adeo non clara & aperta voluntas sit; quod IVSTINIANVS prohibuit. Tandem CARPZOV. *Part. III. Constit. Elect.* 4. *def.* 15. *n.* 2. ex *Simone Vlrico* hanc rationem reddit: quod parentum hereditas liberis ipso iure debeatur, & inuerecundum admodum sit voluntati patris, quocunque etiam modo probatae, contrauenire. At enim vero prior ratio medio termino concludendi destituitur; alteram quod adtinet, limito, si indubitata probatio adest; sin vero duo tantum testes dicant, se audiuisse defuncti voluntatem, IVSTINIANVS eam pro liquida & aperta non adgnoscit, adeoque liberi verecundiam non offendunt, voluntati patris incertae non obtemperantes.

§. XXVIII.

Scrupulum fortasse iniicient animo vltima verba *Nou.* 107. *c.* 1. *quod eius manus & lingua habet omnem virtutem chartae praebitam.* Vox enim *lingua* omnino ad verba ore prolata spectat. Sed falsa res est. Lectio nempe totius *capitis* vberrime commonstrat, quod haec verba hunc modo casum respiciant, si in vltima voluntate parentum extraneis per-

personis legata, fideicommissa, aut eius generis reliqua, relinquantur. Testamentum parentum inter liberos vero non tangunt, quod vel inde etiam liquet, quod Imp. coniunctiuis verbis, *manus & lingua*, non alternatiuis, *manus aut lingua* vtatur. Tandem cum WERNHERO *Obs. for. part 10. Obs. 465.* mihi lis erit, qui eo vsque in dissentium opinione propaganda progreditur, vt etiam in nuncupatiuo testamento parentum inter liberos vnum testem, accedente iuramento suppletorio, ad probandum sufficere statuat, & praeiudicio firmet. Adiecit autem hanc rationem: quod in testamento parentum inter liberos nihil amplius requiratur, quam vt de voluntate constet. Sed certe infelici euentu prouocauit ad *Nou. 107. cap. 1.* quae, prout latius deduxi, eiusmodi titubantem probationem maximis litibus occasionem praebentem, neutiquam admittit. Et ita quidem, exantlatis obiectionibus, sententia mea, quod spero, firmo stat talo, *quod vltima voluntas, parentum inter liberos, sine scriptura condita, priuilegiato modo consistere nequeat.*

§. XXIX.

De reliquis scripturis praeter testamentum, quibus parentes inter liberos disponendi facultatem habent, nempe codicillis & diuisionibus, disserere scripti huius cancelli me impediunt. De codicillis parentum inter liberos prostat omnibus numeris absoluta *Diss.* LÜD. MENCKENII, cuius sententiae me eo lubentius trado, quo copiosius iam ostendi, quod IVSTINIANVS in *Nou. 107. cap. 1.* priores constitutiones non abrogauerit, sed ea tantum,

quae vltimam hanc voluntatem in ambiguitatem adducere videbantur, emandauerit; idque circo intacta remansit *constitutio* CONSTANTINI in *L. vlt. C. famil. hercisc.* etiam codicillis parentum inter liberos priuilegium indulgens. Valebunt itaque huiusmodi codicilli, modo parens litteris omnia declaret, & ita vt nulla contentio liberis relinquatur. Hoc autem etiam in codicillis fieri posse nullus negabit. Atque, quum solis simplicibus diuisionibus in *cap. 3. d. Nou.* vim dederit, quidni idem de codicillis statuamus? Certe nec verba IVSTINIANI, nec rationes, dudum enarratae obstant. Illud caeterum addo, *constitutionem* MAXIMILIANI I. de A. 1512. §. 43. hac in re nonnihil commutasse, ita vt secundum hanc legem certe fatendum sit, in Imperio Romano Germanico minimum testamentum nuncupatiuum parentum inter liberos a notario, adhibitis duobus testibus, in instrumentum redactum virtute sua non destitui; quod vero hoc, vti in §. 68. huius constit. dicitur, ex Iure Romano deueniat, nunquam mihi persuaderi patiar.

XX.

XX.

PROGRAMMA

DE

PROBATIONE PER DVOS TESTES IN CASV L. VLT. COD. DE FIDEICOMM. NON ADMITTENTA.

IVSTINIANI *constitutio* de fideicommisso sine testibus relicto, quae in *L. vlt. C. de fideicomm.* & *§. vlt. I. de fideicomm. hered.* continetur, tantis inuoluta est DD. dissensibus, vt clara haec & aequa lex, nunc obscurata, deprauata, & fere inexplicabilis videatur. Tot inter tantasque altercationes, quae vix verbum indubitatum reliquerunt, principalis haec est controuersia: *an fideicommissarius vel legatarius contra eum, cuius fidei testator aliquam praestationem commisit, omissa iuramenti delatione, testium duorum adtestatione vti possit.* Maxima ICtorum pars in adfirmationem huius quaestionis conspirat, quos enumerare supersedeo, quum *celeb.* IO. GEORG. BRÜCKMANN *in Diss. de fideicommisso eiusque legitima probatione, cap.* 2. *§.* 5. largum eorum numerum non modo recensuerit, sed etiam horum voluntati ita se adcommodauerit, vt vindicias scripsisse videatur contra aliorum oppugnationes. A me tamen impetrare non possum, vt negantium castra, in quibus, legum propugnaculis munitus, tutus huc vsque versatus sum, deseram. Singula enim verba *huius Leg. vlt.* rationesque ponderosae transitum dissuadent. Non est vt *h. Legem* in censum L. Decisionum referamus, quidquid etiam inscriptio prae se ferat. Nec enim potuit hac de re, nondum enata, inter veteres ICtos ante exaratum Codicem antiquum Iustinianeum certamen agitari, quibus tamen sopiendis hae L. Decisiones deseruiunt *§. vlt. Inst. de libertin.* Noua vero sine dubio est IVSTINIANI constitutio, qua non aliorum Impp. solum, sed & proprias constitutiones, formam codicillorum nouam inducentes, delibauit. A temporibus nempe AVGVSTI,

 cui

cui origo condicillorum, tradente IVSTINIANO *pr. I. de codicil.* debetur, scriptos tantum sine testibus voluisse, neminem, nisi antiquitatis osorem, fugit; at tamen hac aetate sine testamento his codicillis nulla vis erat, sed testamenti instar accessionis tenebant. Ortum hinc codicillorum ius illud singulare: *vt, quaecunque in his scriberentur, perinde haberentur ac si in testamento scripta essent;* cuius meminit IVLIANVS in *L. 2. D. de iure codicil.* Posteriori aetate haec omnia maximam vicissitudinem experta sunt. Non enim hoc solum modo inualuit, vt & codicilli, testamentis non stipati, seruarentur, sed nuncupatione quoque codicillos fieri permitteretur. *§. 1. I. de codicill. L. 3. pr. L. 8. pr. & §. 1. D. de iure codicill. L. 13. C. de SS. eccl. L. vlt §. vlt. C. de codicil.* Quod sine dubio ansam dedit constitutionibus adhibitionem testium in codicillis desiderantibus. DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS in *L. 22. C. de fideicom.* in codicillis testes requirunt. Sed, vt apprime docuit B. BÖHMERVS in *Diss. de codicillis absque testibus validis cap. 1. §. 25.* quinarius testium numerus exinde iure non eruitur, sed lex tantum de nuncupatiuis codicillis, & duobus testibus, probationi necessariis, intelligenda est; idque exinde quoque certius redditur, quod hi Impp. in hac constitutione disertim declarant, nihil noui, sed tale quid inesse, de quo nihil dubitetur. Primus omnino CONSTANTINVS Imp. vel, quod aliis placet, CONSTANTIVS in *L. 1. C. Th. de testam. & codicil.* sanciuit; *vt in codicillis, quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti, septem testium vel quinque interuentum non deesse oporteat.* Imp. igitur codicillos facturo selectionem dedit, vtrum

modum

modum ciuilem testandi, nempe quinque testes, per aes & libram mancipatione facta; an vero praetorium, nempe septem testes, citra mancipationem, adhibere velit. Plura ad hanc legem IAC. GOTHOFREDVS eleganter commentatur. IVSTINIANVS de cetero indubius auctor est numeri quinarii testium, codicillis rite conficiendis adhibendi. *l. 28. §. 1. C. de testam. §. vlt. l. de fideicomm. hered.* Eidemque & *§. vlt. L. vlt. C. de codicil.* merito adscribitur. Quamquam enim *Tribonianus* totam hanc legem THEODOSII fecerit; nihilo tamen minus, quum h. L ex *L. 7. C. Th. de testam. & codicil.* deriuetur, ibi autem in *Codice Theodosiano* nec vola nec vestigium deprehendatur, recte IAC. GOTHOFR. ad dict. *L.* 7. manum Triboniani notauit. Nolo longius in hac vetustate commorari, quum B. BÖHMERVS in *laud. Diss.* rem ab omni retro antiquitate repetierit, & suis obseruationibus adornauerit. Satis autem constat, quod Imp. IVSTINIANVS *L. vlt. C. de fideicom.* a norma codicillis ante constituta, quodam modo deuiauerit. Sanxit nempe: *vt si testator praesentis heredis, nullis etiam testibus, vel minori numero adstantibus fideicommiserit, vt aliquid de hereditate alii restituatur, sancte ab eo voluntas adimpleri debeat, fideicommissariis potestate data, heredi desuper iuramentum deferendi; herede vero obligato, vt si fideicommissarius iusiurandum calumniae ante praestiterit, sacramentum delatum iurare, aut, si illud recusauerit, satisfacere actoris petitioni debeat.* Non verba tantum perlucida legis declarant, sed ratio quoque ipsis verbis stricte respondet, vt, nisi in fideicommisso vel legato ordinaria praescripta sollemnitas sit obseruata, legatarius aut

fidei-

fideicommissarius necesse habeat heredi iuramentum deferre, omnibus reliquis probandi modis hoc in negotio eliminatis. Quod, vt certius adpareat, verba & rationes coadunabo, scopulosque occurrentes elidam. Scimus autem non aliter eius generis fideicommissa valere, quam si heres, vel alius, quem testator praestatione aliqua grauatum cupit, praesens sit, eique testator enixam voluntatem suam manifestauerit; id enim volunt verba *§. vlt. I. de fideicomm. hered. necesse eum habere vel iusiurandum subire, quod nihil tale audiuerit.* Neque hac in parte, alii, in contrariam abeuntes sententiam, dissident. At vero, cui vsui, quaeso, foret heredis fiduciarii praesentia? si per duos testes plena fideicommissi aut legati probatio peragi queat. Cur negant, quod tamen iure faciunt, epistolam testatoris ad heredem absentem sine legitima sollemnitate scriptam vim sortiri? Numne scriptura vel potior, vel certe aequalis est duorum testium testimonio? Haec omnia aduersarios sibimet ipsis contrarios probant. Neque etiam cogitatione meditationeque adsequor, quam ob caussam heres secundum *§. vlt. de fideic. hered.* & L. *vlt. C. de fideic.* praestito iuramento: *quod nihil tale audiuerit*, relaxandus sit ab obligatione, si duorum testium adsertioni fides debeatur: si hi duo testes voluntatem testatoris verbis prolatam audiuerint. Dicas mihi, quo modo haec voluntati Imp. *in d.* L. *vlt.* luculenter traditae, componantur, qui omnia fidei & religioni heredis relinqui voluit, qui clarissimis his verbis vtitur: *quum ipse sibi iudex & testis inueniatur.* Numquam in gratiam redibis. Quod si enim ipse heres sibi iudex & testis constitui debet; qui fieri potest vt alienos iudices & testes admittamus?

Pon-

Ponderes porro haec verba: *cum autem is qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur, (& maxime heres cui summa auctoritas totius caussae commissa est) dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem; qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur; propria & indubitata fide relicta.* Heredi summa auctoritas totius caussae committitur. In fumum abiret haec auctoritas, si duorum testium testimonio locus daretur. Decurreretur ad extraneam fidem; propria & indubitata fide heredis relicta. Lex itaque & mens Imp. non obfuscaretur tantum, sed & corrumperetur, immo funditus exstirparetur. Me quidem non praeterit, multos hanc legem ita explanare, vt legatarius aut fideicommissarius electione fruatur, an iuramentum deferre, aut alio probandi medio vti velit. Scilicet opinantur, verba, ad iuramenti delationem & praestationem composita, alias probandi species non semouere; qua in re verba: *si fideicommissarius elegerit heredis iuramentum* stipare eos videntur. Sed verborum captatio veram interpretationem non sapit. Verborum vis atque potestas, compositis rationibus scrutanda est. Sane, si IVSTINIANVS omnem probationem, in aliis caussis validam admittere voluerit, monstrum haec lex aleret. Quid opus fuisset tanta legis prolixitate de sola iuramenti delatione? Cur scripturae mentio deest, efficaciter alias probantis? Quam ob rem testium fidem vellicat? Ego quidem IVSTINIANVM tanti prodigii non accuso, nec *Tribonianum* reum facio. Non enim e longinquo cernimus caussas nobis ad intelligendum datas, quod IVSTINIANVS in hoc casu, praeter iuramenti delationem, omnes reliquos modos pro-

tum vel dandum vel recuſandum ſuam habere tam firmitatem, quam exactionem. Quid aliud inde, niſi quod nec quinque teſtes firmitatem huic fideicommiſſo concilient, ſed heredi iuramentum deferendum ſit? Conclamitabunt quinque teſtium fide conſiſtere codicillos, certe & fideicommiſſum atque legatum per *L. vlt. ſſ. vlt.* C. *de codicill.* Non trepido. Solus enim teſtium numerus non ſufficit, plures potius haec lex ſollemnitates poſcit; id quod Iuſtinianus in *L. vlt. C. de fideicom.* his luculentis verbis innuit: *cum enim res per teſtium ſollemnitatem oſtenditur tunc & numerus teſtium & nimia ſollemnitas requirenda eſt.* Cetera, quae offeruntur dubia, minoris momenti, quae ex deductis ſimul corruunt, omitto.

XXI.

XXI.

DISSERTATIO

LEVEM CVLPAM A NEGOTIORVM GESTORE ORDINARIE PRAESTARI.

quae vltimam hanc voluntatem in ambiguitatem adducere videbantur, emandauerit; idque circo intacta remansit *constitutio* CONSTANTINI in *L. vlt. C. famil. hercisc.* etiam codicillis parentum inter liberos priuilegium indulgens. Valebunt itaque huiusmodi codicilli, modo parens litteris omnia declaret, & ita vt nulla contentio liberis relinquatur. Hoc autem etiam in codicillis fieri posse nullus negabit. Atque, quum solis simplicibus diuisionibus in *cap. 3. d. Nou.* vim dederit, quidni idem de codicillis statuamus? Certe nec verba IVSTINIANI, nec rationes, dudum enarratae obstant. Illud caeterum addo, *constitutionem* MAXIMILIANI I. de A. 1512. §. 43. hac in re nonnihil commutasse, ita vt secundum hanc legem certe fatendum sit, in Imperio Romano Germanico minimum testamentum nuncupatiuum parentum inter liberos a notario, adhibitis duobus testibus, in instrumentum redactum virtute sua non destitui; quod vero hoc, vti in §. 68. huius constit. dicitur, ex Iure Romano deueniat, nunquam mihi persuaderi patiar.

XX.

PROGRAMMA

DE

PROBATIONE PER DVOS TESTES IN CASV L. VLT. COD. DE FIDEICOMM. NON ADMITTENTA.

Ivstiniani *constitutio* de fideicommisso sine testibus relicto, quae in *L. vlt. C. de fideicomm.* & *§. vlt. I. de fideicomm. hered.* continetur, tantis inuoluta est DD. dissensibus, vt clara haec & aequa lex, nunc obscurata, deprauata, & fere inexplicabilis videatur. Tot inter tantasque altercationes, quae vix verbum indubitatum reliquerunt, principalis haec est controuersia: *an fideicommissarius vel legatarius contra eum, cuius fidei testator aliquam praestationem commisit, omissa iuramenti delatione, testium duorum adtestatione vti possit.* Maxima ICtorum pars in adfirmationem huius quaestionis conspirat, quos enumerare supersedeo, quum *celeb.* io. georg. brückmann *in Diss. de fideicommisso eiusque legitima probatione, cap. 2. §. 5.* largum eorum numerum non modo recensuerit, sed etiam horum voluntati ita se adcommodauerit, vt vindicias scripsisse videatur contra aliorum oppugnationes. A me tamen impetrare non possum, vt negantium castra, in quibus, legum propugnaculis munitus, tutus huc vsque versatus sum, deseram. Singula enim verba *huius Leg. vlt.* rationesque ponderosae transitum dissuadent. Non est vt *h. Legem* in censum L. Decisionum referamus, quidquid etiam inscriptio prae se ferat. Nec enim potuit hac de re, nondum enata, inter veteres ICtos ante exaratum Codicem antiquum Iustinianeum certamen agitari, quibus tamen sopiendis hae L. Decisiones deseruiunt *§. vlt. Inst. de libertin.* Noua vero sine dubio est ivstiniani constitutio, qua non aliorum Impp. solum, sed & proprias constitutiones, formam codicillorum nouam inducentes, delibauit. A temporibus nempe avgvsti,

 cui

cui origo condicillorum, tradente IVSTINIANO *pr. I. de codicil.* debetur, scriptos tantum sine testibus voluisse, neminem, nisi antiquitatis osorem, fugit; at tamen hac aetate sine testamento his codicillis nulla vis erat, sed testamenti instar accessionis tenebant. Ortum hinc codicillorum ius illud singulare: *vt, quaecumque in his scriberentur, perinde haberentur ac si in testamento scripta essent;* cuius meminit IVLIANVS in *L. 2. D. de iure codicil.* Posteriori aetate haec omnia maximam vicissitudinem experta sunt. Non enim hoc solum modo inuasit, vt & codicilli, testamentis non stipati, seruarentur, sed nuncupatione quoque codicillos fieri permitteretur. *§. 1. I. de codicill. L. 3. pr. L. 8. pr. & §. 1. D. de iure codicill. L. 13. C. de SS. eccl. L. vlt §. vlt. C. de codicil.* Quod sine dubio ansam dedit constitutionibus adhibitionem testium in codicillis desiderantibus. DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS in *L. 22. C. de fideicom.* in codicillis testes requirunt. Sed, vt apprime docuit B. BÖHMERVS in *Diss de codicillis absque testibus validis cap. 1. §. 25.* quinarius testium numerus exinde iure non eruitur, sed lex tantum de nuncupatiuis codicillis, & duobus testibus, probationi necessariis, intelligenda est; idque exinde quoque certius redditur, quod hi Impp. in hac constitutione disertim declarant, nihil noui, sed tale quid inesse, de quo nihil dubitetur. Primus omnino CONSTANTINVS Imp. vel, quod aliis placet, CONSTANTIVS in *L. 1. C. Th. de testam. & codicil.* sanciuit; *vt in codicillis, quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti, septem testium vel quinque interuentum non deesse oporteat.* Imp. igitur codicillos facturo selectionem dedit, vtrum modum

modum ciuilem testandi, nempe quinque testes, per aes & libram mancipatione facta; an vero praetorium, nempe septem testes, citra mancipationem, adhibere velit. Plura ad hanc legem IAC. GOTHOFREDVS eleganter commentatur. IVSTINIANVS de cetero indubius auctor est numeri quinarii testium, codicillis rite conficiendis adhibendi. *L. 28. §. 1. C. de testam. §. vlt. l. de fideicomm. hered.* Eidemque & *§. vlt. L. vlt. C. de codicil.* merito adscribitur. Quamquam enim *Tribonianus* totam hanc legem THEODOSII fecerit; nihilo tamen minus, quum h. L ex *L. 7. C. Th. de testam. & codicil.* deriuetur, ibi autem in *Codice Theodosiano* nec vola nec vestigium deprehendatur, recte IAC. GOTHOFR. ad dict. *L. 7.* manum Triboniani notauit. Nolo longius in hac vetustate commorari, quum B. BÖHMERVS in *laud. Diss.* rem ab omni retro antiquitate repetierit, & suis obseruationibus adornauerit. Satis autem constat, quod Imp. IVSTINIANVS *L. vlt. C. de fideicom.* a norma codicillis ante constituta, quodam modo deuiauerit. Sanxit nempe: *vt si testator praesentis heredis, nullis etiam testibus, vel minori numero adstantibus fideicommiserit, vt aliquid de hereditate alii restituatur, sancte ab eo voluntas adimpleri debeat, fideicommissariis potestate data, heredi desuper iuramentum deferendi; herede vero obligato, vt si fideicommissarius iusiurandum calumniae ante praestiterit, sacramentum delatum iurare, aut, si illud recusauerit, satisfacere actoris petitioni debeat.* Non verba tantum perlucida legis declarant, sed ratio quoque ipsis verbis stricte respondet, vt, nisi in fideicommisso vel legato ordinaria praescripta sollemnitas sit obseruata, legatarius aut fidei-

fideicommiſſarius neceſſe habeat heredi iuramentum deferre, omnibus reliquis probandi modis hoc in negotio eliminatis. Quod, vt certius adpareat, verba & rationes coadunabo, ſcopulosque occurrentes elidam. Scimus autem non aliter eius generis fideicommiſſa valere, quam ſi heres, vel alius, quem teſtator praeſtatione aliqua grauatum cupit, praeſens ſit, eique teſtator enixam voluntatem ſuam manifeſtauerit; id enim volunt verba *ſ. vlt. I. de fideicomm. hered. neceſſe eum habere vel iusiurandum ſubire, quod nihil tale audiuerit.* Neque hac in parte, alii, in contrariam abeuntes ſententiam, disſident. At vero, cui vſui, quaeſo, foret heredis fiduciarii praeſentia? ſi per duos teſtes plena fideicommiſſi aut legati probatio peragi queat. Cur negant, quod tamen iure faciunt, epiſtolam teſtatoris ad heredem abſentem ſine legitima ſollemnitate ſcriptam vim ſortiri? Numne ſcriptura vel potior, vel certe aequalis eſt duorum teſtium teſtimonio? Haec omnia aduerſarios ſibimet ipſis contrarios probant. Neque etiam cogitatione meditationeque adſequor, quam ob cauſſam heres ſecundum *ſ. vlt. de fideic. hered.* & L. *vlt. C. de fideic.* praeſtito iuramento: *quod nihil tale audiuerit*, relaxandus ſit ab obligatione, ſi duorum teſtium adſertioni fides debeatur: ſi hi duo teſtes voluntatem teſtatoris verbis prolatam audiuerint. Dicas mihi, quo modo haec voluntati Imp. *in d.* L. *vlt.* luculenter traditae, componantur, qui omnia fidei & religioni heredis relinqui voluit, qui clariſſimis his verbis vtitur: *quum ipſe ſibi iudex & teſtis inueniatur.* Numquam in gratiam redibis. Quod ſi enim ipſe heres ſibi iudex & teſtis conſtitui debet; qui fieri poteſt vt alienos iudices & teſtes admittamus?

Pon-

Ponderes porro haec verba: *cum autem is qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur, (& maxime heres cui summa auctoritas totius caussae commissa est.) dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem; qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur; propria & indubitata fide relicta.* Heredi summa auctoritas totius caussae committitur. In fumum abiret haec auctoritas, si duorum testium testimonio locus daretur. Decurreretur ad extraneam fidem; propria & indubitata fide heredis relicta. Lex itaque & mens Imp. non obfuscaretur tantum, sed & corrumperetur, immo funditus exstirparetur. Me quidem non praeterit, multos hanc legem ita explanare, vt legatarius aut fideicommissarius electione fruatur, an iuramentum deferre, aut alio probandi medio vti velit. Scilicet opinantur, verba, ad iuramenti delationem & praestationem composita, alias probandi species non semouere; qua in re verba: *si fideicommissarius elegerit heredis iuramentum* stipare eos videntur. Sed verborum captatio veram interpretationem non sapit. Verborum vis atque potestas, compositis rationibus scrutanda est. Sane, si IVSTINIANVS omnem probationem, in aliis caussis validam admittere voluerit, monstrum haec lex aleret. Quid opus fuisset tanta legis prolixitate de sola iuramenti delatione? Cur scripturae mentio deest, efficaciter alias probantis? Quam ob rem testium fidem vellicat? Ego quidem IVSTINIANVM tanti prodigii non accuso, nec *Tribonianum* reum facio. Non enim e longinquo cernimus caussas nobis ad intelligendum datas, quod IVSTINIANVS in hoc casu, praeter iuramenti delationem, omnes reliquos modos pro-

probandi ordinarios exstirpauerit. Quamque alienus Imp. a testium fide in hoc vltimae voluntatis genere fuerit, nisi & numerus testium & sollemnitas coniungantur, accipite ex legis ipsius verbis. Ita enim Imp. strenuam suam voluntatem explicaturus, loquitur: *cum enim res per testium sollemnitatem ostenditur, tunc & numerus testium, & nimia sollemnitas requirenda est.* Ac si quis forte dilabatur, vt haec verba sollemnibus tantum vltimis voluntatibus propria faciat, legat quae sequuntur: *lex etenim, ne quid falsitatis incurrat, per duos forte testes compositum testamentum, maiorem numerum testium expostulat, vt per ampliores homines perfectissima veritas reueletur.* Haec verba, si antea adductis de extranea fide repellenda componuntur, quemque, nisi me omnia interpretandi principia fallunt, informabunt, vt in hoc casu, IVSTINIANO iubente, duorum testium testimonio diffideat. Si verba legis, non ambigua, sed vndiquaque clara, & ratio, non excogitata, sed in ipsis IVSTINIANI verbis radicata, quidquam valent; si interpretandi ars, his fulcris innixa stabilis est; mea quoque stabit sententia, confido. Eoque facilior mihi est aditus ad explicandas difficultates & obiectiones ab aliis passim obmotas. Quosdam male habet, quod probatio per iuramentum, in subsidium tantum data, eliminare debeat ordinarios probandi modos. Sed an est actuum inter viuos & vltimarum voluntatum eadem ratio? Prorsus distant. Alii hoc principaliter vrgent, quod heredi, iuramento ipsi delato, integrum sit conſciam mentem probationibus defendere; ergo & legatario atque fideicommissario aequale

aequale ius competere. Partim autem hanc probationem, contra iuramentum delatum leges Romanae ignorant; partim lex ipſa, de qua dixi, legatarium & fideicommiſſarium non verbis tantum, ſed & rationibus ſplendidis ab alio probandi genere auocat, immo prohibet. Qui vero *tit. Dig. quod quisque iuris in alterum ſtatuerit etc.* huc adcommodant, ſciant aequitatem L. *vlt. C. de fideicomm.* hanc retorquendi cogitationem annihilare. Dicunt porro; hanc legem fauorem maxime legatariorum & fideicommiſſariorum reſpicere, adeoque & aliam probationem ipſis dandam eſſe. Nihil timeo. Fauorem enim vltra limites, legum verbis & ratione poſitos, porrigere non decet. Arguunt vlterius; nihil obſtare quod L. *vlt. all.* maximam fidem heredi tribuat, hanc enim potiſſimum per teſtes probari poſſe. An vero verba L. *lex etenim, ne quid falſitatis incurrat per duos forte teſtes compoſitum teſtamentum, maiorem numerum teſtium expoſtulat, vt per ampliores homines perfectiſſima veritas reueletur,* flocci pendent? Infirmari duorum teſtium teſtationem certiſſime adparet. Tandem & haec verba L. *vlt.* in auxilium adducunt: *ſed ſiue quinque ſint teſtes, ſiue minores, ſiue nemo.* Hoc enim exinde argumentum ducunt; quod quum coram quinque teſtibus conditum fideicommiſſum, omnium ſuffragio, iuramenti delatione non indigeat, etiam paucioribus adhibitis, eorum teſtimonium perhibitum ſufficiat. Speciem veritatis praefert haec argumentatio, eam tamen ipſa lex refellit, fucumque tollit. Verba ſcilicet ita cohaerent: *ſed ſiue quinque ſint teſtes, ſiue minores, vel nemo, cauſſam per illius ſacramentum*

tum vel dandum vel recuſandum ſuam habere tam firmitatem, quam exactionem. Quid aliud inde, niſi quod nec quinque teſtes firmitatem huic fideicommiſſo concilient, ſed heredi iuramentum deferendum ſit? Conclamitabunt quinque teſtium fide conſiſtere codicillos, certe & fideicommiſſum atque legatum per *L. vlt.* *ʃ. vlt.* C. *de codicill.* Non trepido. Solus enim teſtium numerus non ſufficit, plures potius haec lex ſollemnitates poſcit; id quod Iuſtinianus in *L. vlt. C. de fideicom.* his luculentis verbis innuit: *cum enim res per teſtium ſollemnitatem oſtenditur tunc & numerus teſtium & nimia ſollemnitas requirenda eſt.* Cetera, quae offeruntur dubia, minoris momenti, quae ex deductis ſimul corruunt, omitto.

XXI.

XXI.

DISSERTATIO

LEVEM CVLPAM A NEGOTIORVM GESTORE ORDINARIE PRAESTARI.

§. I.

Si vmquam inceſſus hominum index animi haberi poteſt; certe, calamitoſa inter belli tempora, non eſt mirum, quod tot vultus tot ſignificationes triſtitiae, trepidationisque, efficiant. Parentes liberos, liberi parentes, vxor maritum, ſponſum ſponſa, belli furore ereptos, acerbiſſimis proſequuntur lacrymis; mediocre enim eſt ſolatium in *pr. I. de excuſ. tut. quod, qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam viuere intelligantur.* Alii, armis adhuc ſtrepantibus, reduces facti, viribus, numquam redeundis, debilitati, vel corpore mutilati, cum ſuis miſerrimam vitae conditionem deplorant. Alii omnibus bonis, vel direptione, vel incendiis exuti, acerbo hoc tantum conſolationis genere fruuntur, quod viuant. Alii tandem, quo vehementius animum circumdat trepidatio, eo celerius, nam,

Pedibus timor addidit alas,

ſe in fugam coniiciunt, resque, terrasque, quo ſeruent vitam, derelinquunt. Omnes certe, cum Poeta, exclamant,

Claudite nunc fratres Iani templum; ſat arua biberunt
Sanguinis.

Has inter lamentationes & gemitus pagi, vrbis, prouinciae, regionumque, quum animus immo angitur moerore, ſpesque dulciſſimae pacis, quae lugentes refocillare videbatur, diſſipata eſt, quid praeter ſuſpiria ad Deum miſſa, recreationis nobis datur:

 niſi

nisi hoc vnicum, vt cum Musis nos delectamus. Equidem tristia inter fata, quae & mea patria tulit, in Musis leuamen tristitiae quaesitum sensi, eoque nomine huic elaborationi operam dedi. Inimica quum haec sint tempora, ne extenuandam tristitiam magis alam, ad officium amicitiae exponendum, quod maxime in negotiorum gestione cernitur, contuli animum. Neque ab hoc, & olim pertimescendo, rerum statu, alienum puto argumentum; quin potius proh dolor! cumulatissima se in his temporibus occasio offert negotiorum gestorem optandi. Non enim illi tantum, qui fugam petunt, vt se suosque a barbaris cruciatibus, vitamque seruent, spem in amicis de conseruandis bonis ponunt, sed & illi, qui obsides, captiui, ducuntur, vel inopinato cohortibus, vt patriam defendant, sociantur, eodem auxilio indigent. Eoque magis disquirendum est, quae sit a negotiorum gestore diligentia, quaeque culpa praestanda. *Mediam diligentiam ad negotiorum gestoris officium ordinarie tantum spectare statuo;* grauia dissentientium vero argumenta pro virili, veniam imbecillitatis a Beneuolo Lectore imploratus, dissoluam.

§. II.

Quum itaque negotiorum gestorem tantum, in regula, ad leuem culpam praestandam adligatum adsero, res postulat, paucis peragendae tractationis principia efformare. *Negotiorum gestio* est *quasi contractus, quo quis alterius absentis, vel praesentis, sed ignorantis negotia, sine mandato, vtiliter gerenda suscipit, ex quo tam gerens, quam ille cuius geritur negotium, sibi inuicem obligantur. L. 1. D. de*

neg.

neg. gest. §. 1. I. de obl. quae quas. ex contr. Quasi contractus non vero, sed vel praesumto, vel ficto consensu constituitur; ac praesumtum quidem ex parte negotiorum gestoris, fictum vero ex parte eius, cuius agitur negotium, deprehendimus. Etenim non placet sententia vtrumque consensum mire commiscentium, discrimine vndique patescente. Tria nempe sunt in praesumto consensu necessaria; *primo* factum proprium eius, cuius consensus praesumitur; *secundo* talis persona quae vere consentire, & se obligare valet; *deinde* lex, ex hoc facto praesumtionem consensus inducens. Ex eo genere, ille est consensus, negotiorum gestorem obligans; fictus autem sola aequitate, legibus adgnita, innititur, etiamsi nullum factum occurrat, & habilitas personae contrahendi deficiat; qualis consensus fundamentum intelligitur eius vinculi, quo ille, cuius negotium geritur, gestori adstringitur. Iam itaque conspicuum est ex hoc quasi contractu duplicem defluere obligationem; *alteram* negotiorum gestoris, quem leges rationes reddere, *L. 2. D. de neg. gest.* residua, aliquando cum vsuris, *L. 31. §. 3. eod.* restituere, damnaque resarcire, iubent, *L. 20. C. eod.* *alteram* illius, cuius nomine negotium susceptum, ad indemnitatem praestandam, *L. 2. D. eod. §. 1. I. de obl. quae quas. ex contr. nasc.* Ex quibus legibus iuxta, vltro citroque datas actiones, negotiorum gestorum nempe directam, & contrariam, cernimus. Cetera, quum principalia tantum fundamenta anteponenda erant, passim obuia, praetereo.

§. III.

Sed operae quoque pretium erit, in hac bene ordinanda controuersia, in limine quaedam de culpa, eiusque praestatione, breuibus explicare. Hac in re notandum est: quemlibet, vere vel quasi cum altero contrahentem, ad quamdam, pro negotii diuersitate variam, diligentiam exhibendam teneri; omissa ea, non ex consulto, quod dolum arguit, sed inconsulto, culpam contrahi, & si inde damni quid alter patiatur, oriri obligationem ad culpam praestandam. *Culpae* vero *praestatio* est *reparatio damni, quod per omissionem diligentiae, alteri debitae, est datum.* Culpa porro vel in *committendo*, vel in *omittendo* versatur; *illa* est, si quis facit, quod omittere, *haec*, si quis omittit, quod facere eum, secundum diligentiam negotio propriam, oportebat. *L. 121. D. de R. I.* Praeterea tres gradus diligentiae, nempe *infimae*, *mediae* & *exactissimae*, totidem gradibus culpae, scilicet *latae*, *leuis* & *leuissimae* ansam dederunt. *Infima* diligentia est, quam omnes homines, licet alieni a boni patrisfamilias studio, laborumque, quibus res domestica seruatur & adaugetur, pertaesi, modo mens sana corpori sano iuncta, rebus suis gerendis adhibent. Haec, si in alterius peragendis negotiis negligatur, culpam latam efficit. *L. 213. §. 2. & L. 223. D. de V. S.* *Media* bono patrifamilias propria est, sepositaque culpam leuem parit. *L. 10. D. de adm. & per. tut. L. 1. D. de tut, & rat. distr.* *Exactissima* plenius intelligitur, quum excellentissimum gradum diligentiae referat, quae a mortalium perspicacitate exspectari potest; si quid ergo humani contigerit, a culpa,

culpa, quae vocatur leuissima, non vacuum est. *L. 18. D. commod.*

§. IV.

Quis autem gradus culpae in vno quouis negotio adtendi debeat, & olim disputatum, & nunc quoque contentiosum est. Mallem disserere quam disputare. Ne tamen principiorum quid desit, accipe regulas, partim ex generalibus legibus *L. 23. D. de R. I. & L. 5. §. 2. D. commod.* partim ex legibus singulos contractus spectantibus, in consonantiam redactis. Regula prima esto, *quicumque contrahentium ex contractu nihil emolumenti capit, praestat culpam latam.* Secunda, *quicumque contrahentium ex contractu omni vtilitate fruitur, leuissimae culpae reus tenetur.* *L. 3. §. 2. D. commod. L. 1. §. 47. D. depos.* Tertia, *si vtrique contrahentium contractus commodum adfert, vterque de culpa leui se sciat obligatum. L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. L. 13. §. 16. D. de act. emt. vend. §. 4. I. quib. mod. re contrah. oblig. L. 14. D. de pignor. act.* Quarta: *quicumque se negotio, aliis ad suscipiendum paratis, intrudit, & ingerit, damnas esto praestare leuissimam culpam. L. 1. §. 35. D. depos. §. vlt. I. de oblig. quae quas. ex contr. nasc.* Denique quinta: *artifex, operam pollicens, a nulla culpa relaxationem speret. L. 25. §. 7. D. loc. cond.* Non me fugit, dari exceptiones; quid, quod ipsum hoc argumentum, in quo versor, a regulis discedit: sed hae quidem, quod notum est, non eneruant, sed firmant regulam. Vnicum hoc non praeterire possum, quum ad contentionem, quam nunc adgredior, oppido faciat: culpa scilicet, leuis maxime, diuiditur in *ab-*

ſtracto & *concreto* talem; ex priori genere ea eſt, qua diligentia praetermittitur, quam generatim homines frugi ſuis rebus adhibere conſueuerunt; eaque ordinarie adcommodatur. Poſterioris generis culpa, ex conditione, & conſuetudine eius, qui diligentiam praeſtare debet, dimetienda venit. Cuius conſideratio potiſſimum ad ſocietatem, & hereditatis, aut rerum ſingularium communionem ſpectat, *ſ. vlt. I. de ſociet. L. 25. ſ. 16. D. fam. hercisc.* niſi fortaſſe ad alia negotia, maximo fauore ſtipata, ad augendam diligentiam, leges adplicent. *L. 17. D. de iur. dot. L. 1. D. de tut. & rat. diſtrah.*

§. V.

His praemiſſis, rem ipſam adgredior. Defendam ſententiam, non nouam quidem, ſed tantis decertationibus vexatam, quanta veritatem in ancipiti ponit. Demonſtrabo nempe, *a negotiorum geſtore in regula tantum leuem culpam praeſtari debere.* Operam in conquirendis aduerſantium argumentis, qui eum leuiſſimae culpae obnoxium reddunt, leuat, B. SAM. DE COCCEII *in Iure ciuil. Controu. tit. de neg. geſt. qu. 7.* & qui eius veſtigia preſſit B. CRELLIVS *in Diſſert. omnem culpam in negotiorum geſtione praeſtari.* Non ignoro, CONTIVM, VVLTEIVVM, STRVVIVM, HARPPRECHT, NOODTIVM, VINNIVM, IAN. A COSTA, OTTONEM, WESTENBERGIVM, aliosque, magni nominis, & venerabundae memoriae ICtos, in easdem discedere partes, ſed, quum prius nominati DE COCCEII ET CRELLIVS, omnia, quae conſarcinari ad ſtabiliendam hancce ſententiam, meamque infirmandam, poterant, ſtudioſiſſime coadunauerint, his

his potissimum, posteaquam meam opinionem suffulsi, respondebo, nisi forsitan res postulet quoad meis fundamentis strictim quid obiectum deprehendam, illico iungere.

§. VI.

Praetorii ortum debet quasi contractus negotiorum gestionis. Aequitas, in Edictis generalibus conspicua, quibus rigorem Iuris stricte sic dicti limauit, me ad credendum ducit, & firmat, n. iusse eum negotiorum gestorem iusto arctius constringere, ne pereat Edicti vis. Quod si enim strictum ius perpendimus, absentium pessima erat conditio; redeuntes nempe, res suas dissipatas experiebantur; ob praescriptionem non recuperandas, grauiter dolebant. Praetor autem eis auxilium tulit, data restitutione in integrum. *tot. tit. D. ex quib. causs. mai. XXV. ann.* Cordi etiam habens, consultius esse intacta iura seruare, quam vulnerata caussa remedium quaerere, pariter obuiam iuit, omnes, absentium bonis se immiscentes, ad vtilitatem eorum promouendam obligando. Audiamus, quas Praetor sui Edicti caussas in *L. 1. D. de neg. gest.* reddit. VLPIANVS eas exponit, his verbis: *hoc edictum necessarium est, quoniam magna vtilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem, vel pignoris distractionem, vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant.* Patet ex his verbis ratio Edicti, in eo sita, vt absentium bona non maneant indefensa. Nunc videamus, quis diligentiae gradus voluntati respondeat. Illud enim, ni fallor, princeps est fundamentum ad rem hanc, in ambiguitatem deductam, dilucidandam. Infima

diligentia plurimum distat a Praetoris proposito, quippe qua non defenduntur, sed disperduntur absentium bona, administrationem poscentia. Itane exactissima diligentia proprie ad finem consequendum spectat? Fateor, quid veritatis speciei inesse, sed tantum abest, vt scopus impetretur, vt potius anxia Praetoris cura, absentibus bene consulendi, in cassum redeat. Frugi homines, rebus suis bene consulentes, qui tamen non anxiae curae, auaris magis propriae, se dederunt, etsi amor absentis eos ad defensionem bonorum eius vocet, & adliceat, deterriti opera, paucis ad exequendum data, cogitationes ad amicum officium ducentes dimittunt, ne se suosque amico feruore difficultatibus obstruant. Non est itaque, vt me illa, quae *supra all.* CRELLIVS *laud. loco in* §. 1. 2. 3tio ab amicitia longe lateque repetit, moueant. Amicitia nempe hoc quidem efflagitat, vt fidem suam bonam negotio gerendo adcommodet, sed vt omnia, quae curiosissimi patresfamilias alii, qui, propriis bonis inhiantes, de absentibus ne cogitant quidem, curare potuissent, repleat, contra ius fasque statuitur. Neque CICERO, vt vult B. CRELLIVS *in* §. *vlt.* mihi contrarius est, partim, quod loca ex CIC. adlegata perfectissimam diligentiam, vires amici veri saepius transgredientem, non demonstrant, partim quod CIC. *de Leg. lib.* 1. *c.* 12. de amicitiae virtute scribit: *illud in amicitia effici, quod quibusdam incredibile videatur, sit autem necessarium, vt nihilo sese plus, quam alterum, diligat.* Qui itaque bonus & industrius vir, pro virili amico absenti, sua sponte negotia ipsius peragendo, deseruit, an propterea de

vio-

violata amicitia accusandus est, quod non nimium curiosus vtilitatis sectator fuerit? Idcirco non dubito adserere, exactissimam diligentiam negotiorum gestori iniungendo, inquinari aequitatem, euacuari salubre Praetoris Edictum, absentesque defensione priuari. Ex quo, quid periculi in publicam rem redundaturum, quis non intelligit? Ecqua tandem est via ad scopum impetrandum ducens. Profecto nulla, nisi in media, boni patrisfamilias diligentia conquiescamus. Hoc quippe officio negotiorum gestor bona absentis conseruat, & adauget, facitque Praetori absentique satis. Hoc officium neminem auocabit ab amicitiae executione. Inimicos vero grassatores in bonis absentium refrenabit.

§. VII.

Quum itaque conspicua patet mens Praetoris, ne credibile quidem est ICtos, huic Edicto interpretando operam nauantes, quidquam aduersi tradere, eoque magis mirandum, quod leuissimae culpae praestationem propugnantes, leges in suas partes trahant. Videamus ergo, an Romani interpretes his, aut mihi faueant. Equidem omni auxilio me ab iis adiutum sentio. *L. 2. D. de neg. gest.* quo reliquae leges collimant, vult, vt *vtiliter*, negotia gerantur; de exactissima vero diligentia in toto titulo non est vestigium. Accedit *L. 11. D. eod.* quae *culpam* & *dolum* praestare iubet. Non verbum *culpam*, generaliter positum, ad cauillandum ansam praebere potest. Nolo in auxilium deducere, quod culpa, simpliciter posita, leuem significet, quod tamen a WESTENBERGIO in *Princ. iur. secund. ord. Dig. ad Tit. Commod. §. 45.* luculentissimis exemplis

plis illustratum est, & aliunde etiam constat. Ipsa enim in exitu legis posita ICti verba dilucide ostendunt, quae explicatio capiunda sit. Etenim ita loquitur: *quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet.* Sane haec verba non sunt solummodo ab exactissima diligentia aliena, sed temperant quoque leuem culpam. Ad constitutiones Impp. quibus Codex refertus, transgredior, spe victoriae repletus, quippe quae Leges Digestorum non, quod aliis visum est, eneruant, sed munimentum addunt, numquam expugnandum. *Constitutio Impp.* DIOCLETIANI & MAXIMIANI in *L. 20. C. de neg. gest.* claritate emicat, dissentientium interpretationibus non obnubilanda. Ab initio *huius sanctionis* haec verba leguntur: *tutori vel curatori similis non habetur, qui circa mandatum negotium alienum sponte gerit, quippe superioribus quidem necessitas administrationis finem, huic autem propria voluntas facit.* Palam itaque est ex his verbis, mitius agi cum negotiorum gestore, quem humanitas tantum, ad amici negotium capessendum excitat. Plenius hoc exponunt verba: *ac satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur;* quibus in verbis exactissimam diligentiam frustra quaeris; quid, quod Impp. luculenter sanciunt: *secundum quae super his quidem, quae, nec tutor, nec curator constitutus, vltro quis administrauit, quum non tantum dolum & latam culpam, sed & leuem, praestare necesse habeat, a te conuenire potest.* Huic legi ex asse respondet *L. 7. C. arbitr. tut.* ab iisdem Impp. originem ducens, his verbis:

quid-

quidquid tutoris dolo, vel lata culpa, seu curatoris, minores amiserint, vel, cum possent, non adquisierint, hoc in tutelae, seu negotiorum gestorum utile iudicium venire non est incerti iuris. Quod ergo certum perhibetur, an iustum sit in dubium incertumque reuocare iudica.

§. VIII.

Veritas legis non indiget colore, quem tamen super inductum putat B. CRELLIVS *in all. Diss. §. 9.* ab illis, qui mecum consentiunt, atque has constitutiones in partes suas vocant; id quod retorquendum sentio, coloratam enim magis, quam fundatam ipsius interpretationem deprehendo. Nimirum *L. 20. C. de neg. gest.* singularem casum inesse contendit, nempe, quum quis alterius negotia gessisset, neque tamen exegerat debita, in quaestionem venisse, an negotiorum gestor eo nomine obligetur? qua in re officium tutoris inter, & eius diuersitas aderat, quod tutori quidem, non vero negotiorum gestori, mandato destituto, compellendi debitorem facultas detur. Largior, *L. h.* Rescripti habere figuram, sed inde non liquet, ea, quae de culpa leui dicuntur, tantum huic casui esse propria. Illud magis consentaneum duco, quod Impp. ante casus obuenientis decisionem, principium generale de obligatione negotium gerentis praestruxerint, instar praemissarum, quibus deinde conclusionem iunxerunt. Certe enim verba generatim de culpa antepofita limitibus his circumscribi nequeunt, quum hoc in casu plane nihil intersit, siue ad latam, siue ad leuem, siue leuissimam culpam, negotiorum gestorem adli-

adligatum dicamus. Non potuit exigere debitum, ergo haec omissio ab omni culpa, cuiuscumque generis, vacat. Ceterum, dum CRELLIVS obiicit, mentionem culpae leuis non excludere leuissimam, cogitandum ipsi fuisset, hoc interpretandi auxilium tunc demum vim habere, si indubitatum est, maiorem diligentiam tenere negotiorum gestorem. Eodem argumentandi modo *L. 7. C. de arbitr. tut.* quam aduersum ire intelligebat, semouere cupit, addens, Impp. tantum libello supplici de culpa leui consultos fuisse. Sed hoc non dicendum, sed demonstrandum erat. Superest vt *L. 20. C. de negot. gest.* a COCCEII obiectionibus purgem. Hoc eneruandi consilium ille capit, quod lex de eo loquatur, qui pupilli negotium egit, quum constitutus ipsi tutor non esset, eum autem protutorem, non negotiorum gestorem haberi, protutorem vero, licet in multis eius obligatio a tutoris distet, quoad diligentiam tamen, & culpam praestandam, exaequari. At enim vero rem ad fictionem casus ab Impp. nec cogitati, nec expressi, perductam, non aequo animo feram. Nam in hac caussa, non mediocri, sed ardua, incredibile reputo, omissam fore pupilli mentionem, si inde princeps decidendi ratio penderet; contra potius, generalibus verbis suadentibus, hunc casum rescripto ansam dedisse, mihi persuasum habeo: gesserat CAIVS TITII negotia, absentis, neque tamen coegerat debita, quorum dies venerat; TITIVS, redux factus, rationes gestorum a CAIO poscens, debitores quosdam ad assem redactos intelligens, instat CAIO, damnique reparationem postulat, eoque firmiori iure se subfultum putat, quod ne-

negotiorum geſtor, aeque atque tutor, vel curator, hoc damni datum reſarcire debeat. Repulſam tandem tulit TITIVS, ideo, quod CAIVS non in culpa verſetur.

§. IX.

Hactenus, ni fallor, meam ſententiam Edicto Praetoris, ICtorum interpretationibus, & conſtitutionibus Impp. ſuffultam reddidi. Supereſt vt propugnacula ab impetu defendamus. Supra iam dixi a CRELLIO & DE COCCEII omne, quidquid in contrarium adferri poteſt, congeſtum reperiri, quum vero *ille* omnia induſtrie conquiſiuerit argumenta, his reſpondiſſe ſufficiet. Quae CRELLIVS *a* §. *l. ad V.* ab amicitia copioſe duxit argumenta, iam euacuata cenſeo, vt liqueat eam, ſi negotiorum geſtor ad exactiſſimam diligentiam compellatur, profligari, quam excitare par erat. ICtos, Edicti Praetoris interpretes, in ſocietatem rapit in §. 5. PAVLVS in *L.* 25. *D. de negot. geſt.* negotiorum geſtorem, qui plus impenderit, quam oportet, recuperaturum tantum eſſe, quod praeſtare debuerit, ſcribit. Ergo haec verba: *oportet : debuerit*, inuoluunt exactiſſimam diligentiam? Minime hoc conſequitur, nec ex *L.* 16. *D eod.* medela defenſioni paratur, quippe quae nec verbis, nec argumento ſpecioſo deſeruit. IVLIANVS tamen in *L.* 6. §. 12. *D. eod.* praeſto eſſe videtur. Verba integra addere ratio poſtulat, quum graue pondus hanc legem habere credatur. Ita tenet: *videamus in perſona eius, qui negotia adminiſtrat, ſi quaedam geſſit, quaedam non, contemplatione tamen eius alius ad haec*

non

non accessit, & sit vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit? an dici debeat negotiorum gestorum eum teneri, & propterea quae non gessit? quod puto verius. Mouet me haec lex, sed ita quidem, vt laeter & IVLIANVM me socium nactum esse. CRELLIVS contendit, verba: *contemplatione tamen eius alius non accessit*, non conditionem, sed caussam inuoluere. Concedere haec possem, quum & remota caussa tollatur effectus legis. Sed verba: *contemplatione tamen*, si quidquam recta valet interpretatio, conditionem, vt ita dicam, sine qua non plene exprimunt, vt itaque verus legis hic sit sensus: negotiorum gestorem, qui in vno tantum negotio amico consuluit, de ceteris non teneri, nisi alius praesto fuerit, omnia administraturus, quod, quum in facto consistat, certum est illum, qui ex hac lege cum fructu agere cupit probatione grauari. Hoc ipsum enim corroborat *L. 16. D. eod.* quam nescio quo consilio CRELLIVS ad suam mentem traxit, quum tamen ex illa aperte liqueat, negotiorum gestorem, vnum tantum negotium suscipientem, ad reliqua, coepto non connexa, haut compelli. Regulam adeo haec sistit, a qua, nisi leges corrumpere satagamus, IVLIANVS exceptionem fecit. Vrgetur porro verbum: *diligens.* Parum hoc curo. Summa sane diligentia fingitur, non exinde probatur, quum tres eius sint gradus. Praeter ea vero hoc verbum non ad eum, qui iam quodam negotio pro absente incumbebat, sed ad illum, qui omnia negotia accessurus erat, dirigitur, quod certissime indigitat, ab eo maiorem industriam exigi, si iam gerenti vnum negotium ceterorum neglectio ad culpam referri

ferri debeat. Insuper, numquam demonstrabitur, quod & ille, qui omnibus absentis negotiis se consecrat, summum studium adcommodare debeat. Alia a CRELLIO his de legibus adducta vtpote nimio fuco illinita, transeo. Scire tamen cuperem, qua probabilitate, quo iuris praesidio, praesumi possit alium adfuisse omnia negotia gesturum?

§. X.

Obiicit deinde *§. 2. I. quib. mod. re contr. obl.* vbi commodatario exacta diligentia imponitur, hoc adiecto: si modo alius diligentior potuerit eam rem custodire; nec tamen quem fugere potest, commodatarium, contractus indole, omni modo exactissimae diligentiae obnoxium esse, licet diligentior non adfuerit. Non potest hic textus vllo modo nocere. Concedo commodatarium a nulla culpa, etiam leuissima, habere vacationem; largior ibi verba: *exactam diligentiam*, sequentibus non circumscribi, sed stabiliri. Est nimirum haec legis intellectio: commodatarius summam diligentiam praestare debet, ideoque non satis suo facit officio, dum eamdem, vt in suis rebus adhibet curam, alius autem diligentius custodire potuerit. Tunc etenim manifestum redditur, quod incommodata re non instar solertissimi patrisfamilias versatus fuerit. Sed, si & in suis rebus omnibus numeris absolutam adplicat industriam, eadem etiam circa commodatum sufficiet. Qui autem exinde probetur, hunc textum ad enucleandam *L. 6. §. 12. D. de neg. gest.* & ex voto quidem CRELLII, pertinere? nondum mihi intellexisse videor. Verba namque, & caussa, de qua

agitur, a se inuicem toto coelo distant. Similiter *L. 18. D. eod.* nihil roboris inest. Patet ex hac, negotiorum gestorem teneri, si a semet ipso debitum non exegerit, illudque mediam quoque diligentiam poscere, scitur exemplo tutoris; idcirco captio verbi *potuisset*, non prodest. Quod ex *L. 8. pr. & L. 31. §. 2. D. eod.* depromitur, in eodem verbo requiescit. Paucis tene: casus negligentiae ibi positi ad leuem culpam spectant; & ne centies vocabulo: *possum*, vexer, intellige illud, vti par est, secundum modum diligentiae cuique negotio praescriptum. Et illud tandem scito, voculam: *posse*, saepius in legibus pro verbo: *debere*, poni, quod CVIACIVS & obseruat, atque BRISSONIVS, acutissimus verborum scrutator, in *Libro de V. S.* verbo: *posse*, exemplis illustrat. Idem iudicium *de L. 13. & 19. §. 4. D. eod.* & reliquis, in *hac §pho & seq.* obmotis, ferendum est.

§. XI.

Maioris pretii, quae in §. VII., ab eo qui se offert negotiis deducta, videntur. A depositario se offerente, mulione alterius mulas regere postulante, ab artifice tandem, operas spondente, argumenta sumuntur. Sed haec exempla animum non deprimunt. Verbum enim: *offerre*, vsurpatum video. Quod si vero hos ipsos casus obuersantes ponderamus, duo priores abunde demonstrant, depositarium, mulionem, id operae dedisse, vt aliis viam ad hoc obeundum negotium occludant; & tunc sane aequissimum iudico, hos, ne alter, cuius rei se ingerunt, quidquam emolumenti perdat, quod a diligentiori exspectari poterat,

ad

ad omnem ſolertiam obſtringi. Artificis obligatio autem argumento eſſe nequit. Quod me tacente patet. Sed quid, quaeſo, haec omnia negotiorum geſtionem tangunt? Negotiis enim abſentis vltro ſe offerens, qui luget improuiſum amici diſceſſum, fertiles ipſius fundos ſine cultura & fructu iacentes, reliquasque ipſius res defenſore nudatas videt, neminem autem his ſe curis dicantem; ideoque, ſincera mente commotus, ſe amici commodis conſecrat, an illi dèpoſitario, mulioni poſtulanti, artifici denique, ſimilis habendus eſt? an aliis acceſſum ad ea gerenda obſerat? an qui amice agit adfligendus eſt? ſi hoc adfirmas, naſcitur nouum morale principium: amicitiam fuge. Eheu! Ex his hoc maxime demonſtratum volo, leges, quae de illo, qui ſe negotio offert loquuntur, verbo: *offerre* idem ſignificare, ac: *ſe obtrudere, ingerere.* Qua de cauſſa illud lubenter largior, quod ſi negotiorum geſtor, quum alii parati ſint curas abſentis ſuſcipere, ſe iniiciat, ad culpam leuiſſimam adligatus ſit; quod *ſſ. 1. I. de oblig. quae quaſ. ex contr. naſc.* extra controuerſiam ponit. Porro CRELLIVS §. VII. adducit VLPIANVM, *in L. 23. D. de R. I.* ita de regulis culpae praeſtationis dicentem: *contractus quidam dolum duntaxat recipiunt, quidam & dolum & culpam: dolum tantum depoſitum, & precarium: dolum & culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutela, negotia geſta, in his quidem & dilicentiam.* Vltima verba ad diſſentientium voluntatem prona videntur. Partim vero haec lex, quod

 faten-

fatentur in eam commentantes, & ſatis patet, tanta commixtione diuerſorum laborat, vt regulae, culpae praeſtationem definientes, exſculpi nequeant, niſi eas ex aliis legibus in melius reformemus; partim in alia editione Corporis Iuris, quae *Francofurti ad Maenum Anno MDCCIII. in oct. mai.* prodiit, pro verbo *quidem*, *quidam*, legitur. Haec intellectio omnino propius ad rem accedit, & VLPIANI gloriam ſeruat, quae alias titubat. Quod ſi enim verbo *quidem*, inhaeremus, & hoc tantum ad negotia geſta adplicamus, operamque exactiſſimam vocula *diligentiam*, expreſſam velimus, in aprico eſt, bonum VLPIANVM illidere contra principia, quae mandatarium & commodatarium eiusdem diligentiae obnoxium reddunt. Praeter vero ea ipſe CRELLIVS fatetur, diligentiae gradus dari, & ex natura negotii interpretandam eſſe, ideoque reliqua, a variis ICtis petita, ſua ſponte corruent.

§. XII.

Transeo potius ad §. IX. ſaepius *laud. Diſſ.* qua conſtitutiones Impp. ſibi conciliare ſtudet. Exordium a *L. 21. C. mand.* capit, cum qua *L. 13. C. eod.* conſpirat. Argumentum autem inde deriuatum vacillat, quum indubitatum ſit, has leges de mandato diſponere. Mandatarius vero contractu ſe obſtringit mandanti, hic quoque omnem in eum fiduciam ponit, & mandatarius, arduis his negotiis ſe tradens, ſingularem ſane ſolertiam ſpondet. Haec vero omnia in negotiorum geſtione contraria deprehen-

henduntur, prout supra iam demonstraui. Grauius meam caussam constitutio PHILIPPI *Imp.* in *L.24. C. de vsur.* deprimere videtur. Ita enim sanxit *Imp.: si mater tua, maior annis constituta, negotia, quae ad te pertinent, gesserit, cum omnem diligentiam praestare debeat, vsuras pecuniae tuae, quam administrasse fuerit comprobata, compelli potest.* Sed non deerit via cum hac lege in gratiam redeundi. Filius, cuius mater negotia susceperat, aut aetate impediebatur sua administrare, aut non. In vtroque conspicuum est, matrem se ingessisse, ideoque omni culpa merito illaqueatur. Si enim in impubertate filius versabatur mater non tutrix, sed alius tutor constitutus erat; ad hunc ergo quum spectauerit rerum administratio, matrem se obtrusisse negotiis indubitatum patet. Quod & firmat PAVLVS *Recept. sentent. L. 1. tit. 4. §. 4. ita dicens: Mater, quae filiorum suorum rebus interuenit, actione negotiorum gestorum & ipsis, & eorum tutoribus tenebitur.* Sin vero filius ipse rebus suis gerendis aptus fuit, qui casus legi magis proprius mihi videtur, sciebat mater ipsum adesse filium, ad quem negotia pertinebant, & idcirco, & in hoc casu manifeste liquet eam se ingessisse negotiis. Cetera quae CRELLIVS, vt hanc legem suam faciat, adfert, ficulnea sunt; & nequidem RITTERSHVSII interpretatio satis euacuata est. Vltimum in *§. 1. Inst. de oblig. quae quas. ex contr. nasc.* quaerit asylum. Verba textus haec sunt: *sicut autem is, qui vtiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum, ita &*

contra ipse quoque tenetur, vt administrationis reddat rationem; quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficiet talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia. Verba priora, generaliter posita, maxime obstare videntur, sed insequentia: si modo &c. secundum veras artis interpretandi regulas, horum limites sistunt, vt adeo verus hic sit sensus: negotiorum gestorem non ad exactissimam obligari diligentiam, nisi alius in promtu sit, rebus absentis se maxima solertia adplicaturus. Quum autem hoc in exceptione positum sit, firmatur regula: negotiorum gestorem ad leuem culpam ordinarie tantum praestandam compelli.

XXII.

XXII.

DISSERTATIO

DE

MANDATO CONSILII

AD STATVT. IVRIS LVBECENSIS

LIB. III. TIT. X. ART. VNIC.

§. I.

Quum legibus Academiarum sancitum sit, vt, qui summorum in vtroque iure honorum desiderio tenentur, publicum aliquod diligentiae specimen exhibeant; mihi eodem studio flagranti de simili specimine cogitandum fuit. Ea vero difficultas, quae nonnullis in eligando themate suboriri solet, & inconstantia, qualem doctrinam commentatione comprehendant, animum meum non amplius perturbauit, simulac singulare quoddam *iuris patrii* pertractare constituebam. In primis autem ad argumentum propositum animum meum adcinxi, quoniam ratio eius videtur ita comparata esse, vt vix dubitari queat, fore, vt ob aliquam, nisi forte insignem, in foro vtilitatem lectorum animis se commendaret. Videmus enim inter mercatores, & alios nihil frequentius, quam consilia contrahentium, variasque collaudationes & rerum & personarum, quibus se mutuo decipiunt, & obligantur. Vnde autem oriuntur obligationes eorum, qui fallendi caussa insidiose & obscure loquuntur, & dissimulant; qui aliud suggerunt, quam vere subesse sciunt, nisi ex calliditate & dolo, quem leges nullibi excusant, sed strenue persequi iubent? Quamquam vero circumscriptio Iure ciuili in contractibus permissa; *a*) minime tamen quoad quantitatem infinitam; *L. 2. C. de rescind. vendit.* nec dolus dici potest, sed pruden-

 tia,

a) Vid. *L. 16. §. 4. D. de minoribus XXV. annis. L. 22. §. 3. locati conducti.* Quin immo haec circumuentio, seu potius sollertia negotiatiua Iure canonico obtinet, *cap. pen. X. de emt.*

tia, & induſtria quaedam oeconomica, ſtudiumque aliquod rei familiaris augendae. Eſt enim ea contrahentium natura, *b)* vt velint in vendendo & emendo lucrum aliquod facere: nam ſublata ſpe quaeſtus languet mercatus. Quodſi igitur animaduertendum eſt in homines aliud agentes, aliud ſimulantes, qui perfidi, improbi, malitioſi a CICERONE iam dicti ſunt, *c)* quid de iis exiſtimandum eſt, qui, variis boni conſilii rationibus additis, ad contrahendum aut venditorem aut emtorem inducunt? Eadem certe, niſi maior, videtur tam horum quam illorum malitia, quae in euentu patet. Ac ne illud quidem durum videtur, aut iniquum, vt exitu rei conſultor obligetur, eiusue fides ex euentu exiſtimetur. *d)* Quamuis enim praua magis quam bona conſilia proſpere eueniant *e)* nec de futuro ſatis callidus atque prudens quisquam ſit, tamen cordati & aequi iudices caſum a dolo & culpa facile diſtinguunt, & adcuſatum conſultorem, cuius conſilio ſalua fide dato fortuna non reſpondit, ex gene-

b) Quam ex modo, qui emtionis venditionis ſubſtantia dicitur *L. 8. C. de reſcind. vendit.* perſpicimus, quum emtor viliore comparandi, venditor cariore diſtrahendi votum gerat.

c) *de Offic. Lib. 3. cap. 14.* vbi de C. Canio refert, eum Pythii vanitate orationis incenſum fuiſſe, vt hortum eius emeret.

d) DEMOSTHENES I. *Olinth*, ſuo iam tempore duram dixit conditionem eorum, qui in dandis conſiliis verſantur, quum eorum fides ex euentu ſoleat exiſtimari.

e) Vid. SALVSTII Orat. 2. ad Caeſarem de repub. ordinanda.

generali fundamento absoluunt. *f)* Quid enim debet qui consilium dat praestare praeter fidem? *g)* Recte igitur IVSTVS LIPSIVS *h) quis mali*, inquit, *consilii poenas vmquam luit, si non ipse malus? fides vbi constat, caligo & imbecillitas ingenii excusanda.* Ac de Iure quidem ciuili & canonico generaliter sancitum est, vt nulla sit consilii obligatio, nisi fraudulenti, ex quo quis propter fidem consulentis captus fraudatusue fuit. Nam quanti verba VLPIANI! *i) consilii non fraudulenti nulla obligatio est, caeterum si dolus & calliditas intercessit, de dolo actio competit.* Nec vero leges scriptae tantum malitiam consultoris fraudemque vindicant, sed etiam naturalis ratio postulat, ne alterius dolus aliis noceat *k)* sed vt ille, qui alterum ex proposito laedit, obligetur. *l)* Quid ergo? Hoc sane luculenter ex LLbus & ratione constat, consultorem ad damnum ex doloso consilio datum resarciendum omnino teneri. Sed, quum hactenus a me dictum sit, neminem ex consilio obligari, dummodo non sit fraudulentum, illud forsitan quaerendum est, num in iure nullus plane consilii effectus dari possit, nisi statim aut dolus, aut fraus, aliaque delictorum concomitantia adsint?

f) Vid. August. de LEYSER *Meditation. ad D. Spec. 161. med. 1.*

g) Verba sunt CICERONIS in epist. ad Atticum 16. 7.

h) de militia romana Lib. 5. dialog. 20.

i) in *L. 47. D. de R. I.* vid. etiam CAIVS in *L. 2. §. fin. D. mandat.* Imp. IVSTINIANVS in *§. 6. I. eod.* & *Pontifex* in *cap. 62. de R. I. in 6to.*

k) L. 26. §. fin. D. de noxal. actionibus.

l) arg. *§. 3. I. de iustitia & iure.*

ſint? Non placet. *m)* Interdum enim conſultor ſimpliciſſimos conſilii terminos excedit, vt non amplius liberum ſit alteri apud ſe explorare, an conſilium ſibi expediat, ſi ille non tantum, quod ipſi bonum videtur, demonſtrat, ſed alterum etiam multis perſuaſionibus ad faciendum ita vrget, vt blanda vi impulſus fidem eius ſequatur. Quid mirum igitur, ſi eiusmodi conſilium alium effectum ſcil. obligationem producat? Is enim, qui inſtanter alterum vrget & tam anxie, vt illud fiat, curat, cenſetur hoc tertii alicuius, vel propria cauſſa facere; quapropter, quum alter eius fidem ſequi videatur, inter illos mandati actio datur, *L. 6. ʃ. 5. D. mandati vel contra.* Itaque qui conſultoris vices egreditur mandans fit, *n)* & prouti fideiuſſor directe pro alio intercedit *L. 1. ʃʃ. 8. D. de obligationibus & actionibus.* ita mandator indirecte & per conſequentiam obligatur. *o)* Quo-

m) Equidem non ignoro LVDWELLVM (in *comment. ad I. tit. mandat. ʃ. 6.*) & GIPHANIVM in *diſput. ad I. antinom. L. 3. diſp. 30. n. 19*) ſupra dictam iuris regulam tanquam immutabilem formare, quaſi conſilium numquam obliget, niſi ſit fraudulentum, etiamſi datum ſit ei, qui alias haut contracturus fuiſſet, rationem ICti CAII (in *c. L. 2. ʃ. fin. D. mand.*) allegantes: quia liberum eſt cuique apud ſe explorare, an expediat ſibi conſilium. Sed breuitatis ſtudio id tantum reſpondeo; ſaepe dictas LLges ſcil. *L. 2. ʃ. ʃ D. mand. L. 47. de R. I. cap. 62. de R. I. in 6to* intelligendas eſſe de conſilio mere nudo, & obſtare contrariae ſententiae *L. 6. ʃ. 5. D. mandat.* vbi animus mandandi praeſumitur.

n) Vid. Sam. STRYCK de *Caut. contract. ſect. 2. cap. 11. §. 17.*

o) *L. 12. ʃ. 14. L. 28. D. mandat.* Atque in eo potiſſimum

Quoniam igitur consultorem fieri posse mandantem, mandatorem vero fideiussori in effectu similem esse videmus. *p)* ad rite conficiendam disquisitionem, quatenus consilium vim mandati habeat Iure Lubecensi, generalia doctrinae de intercessione principia praemittenda esse arbitror, ex quibus futura quaestionis nostrae resolutio vnice petenda est.

§. II.

Optime autem institutio haec de intercessione eiusque natura perficietur, si ea, (vt omnis de re aliqua debet,) a definitione proficiscatur, vt intelligatur, quid sit *intercedere*, & quomodo ab aliis sibi cognatis differat. Videtur autem, si *vocem* consideramus, nihil aliud, quam inter duo extrema medium interiicere, & secundum *rem* ipsam, qua in genere omnem obligationem pro altero denotat, *L. 2. ff. 5. D. ad SCt. Velleianum.* inter debitorem & creditorem personam interponere, quae pro alio se obligat. Ex quo iam sequitur, intercessionem esse eam

mum mandator differt a fideiussore, neutiquam vero in eo, quod fideiussor obligationi principali adcedat, quoniam fideiussio etiam obligationem antecedere potest. *§. 3. I. de fideiussoribus L. 6. §. 5. D. eod.* Ant. HERING de *fideiussoribus cap. XI. n. 150. sqq.* Differunt tamen in aliis quae tradunt HERING *c. XVIII. n. 2. 3.* & *cap. XX. n. 24.* Petr. MÜLLER ad STRVVII *Syntagma iur. ciu. Ex. 47. thes. 35. lit. s.* Wolfg. Ad. LAVTERBACH. *Colleg. theoret. pract. Lib. 46. Tit. 1. §. 3.* & alii.

p) Nam mandatoris fide eadem securitas creditoribus datur, quae per fideiussores *L. 32. D. mand.* Vnde a PAVLLO ICto mandator fideiussor dicitur *L. 71. D. de fideiussoribus.*

eam conuentionem, qua quis alienam obligationem in se suscipit. Quae quia conuentio frequenter initur a parte intercedentis per propositionem practicam, vt philosophi dicunt, qua, quid faciendum sit, declaratur; definiri potest intercessio per actum, quo quis per propositionem practicam ad obligationem alterius concurrit, cum animo se ipsum obligandi. Atque haec voluntas se obligandi genuina est intercessionis natura & differentia a reliquis negotiis, quibuscum aliquatenus cognata videtur. Ita enim differt ab *adsertione*, qua quis per propositionem theoreticam, scil. qua simpliciter certa rei vel personae qualitas exponitur, ad obligationem alterius concurrit. Nam adsertor actiones, facultates, virtutes alterius historice tantum refert, vnde aliis laudandi campus patefiat; minime vero laudat, quod efficitur, si certa rei vel personae qualitas, determinata, quam quis desiderat, adfirmatur, reique vel personae tribuitur. Vid. *L.* 7. *§. f. D. de dolo malo. L.* 19. *pr. de aedilit. Edicto.* Haec *laudatio*, si fit per verba ore prolata, in *specie talis* audit; si per scripturam *litterae commendatitiae:* quae, si de persona in iis agitur, continere solent expositiones meritorum alicuius apud alterum, vt hic illi officia humanitatis ac beneuolentiae praestet. *L.* 12. *§.* 12. *D. mand. L.* 11. *§.* 2. *de leg.* 3. Ex harum propositionum cortice voluntas se ipsum obligandi colligi nequit; actus enim omnes a principali agentium intentione aestimantur, *L.* 4. *pr. D. de rebus creditis, L.* 1. *C. ad L. Cornel. de sicariis.* nec vltra intentionem eorum operari debent. *L.* 19. *D. de rebus creditis.* Denique autem eandem absentiam volantatis se obligandi

gandi animaduertimus in *consilio*, quod in genere est *declaratio, quid alteri faciendum quis putet. q)* Quam declarationem qui profert vel operam simul dat, vt alterum determinet ad consilium sequendum, si nimirum non tantum consulit &, quid ipsi videtur, demonstrat, sed etiam sequi nolentem multis rationibus sollicitat, vrget, & quasi impellit; *L. 1. §. 3. D. de seruo corrupto. L. 50. §. 3. D. de furtis.* vel non curat, vt illud ipsum praecise fiat, sed solummodo indicat expositis, si lubet, rationibus, quid faciendum sit, & illud libero adcipientis arbitrio relinquit. *r)* Illo casu dicitur *non nudum consilium*, seu potius *persuasio*, hoc vero nudum s. *in specie tale.* Duplex igitur est consilii genus, *s)* quorum vnum cum intercessione in effectu id commune habet, vt obligationem producat, *t)* quoad *formam* autem, quam hoc loco vnice quaerimus, conuenientia est consilii cum intercessione nulla, nisi ea, quae communis est paulo ante nominatis, quod per propositionem, & quidem practicam ad actiones vel obliga-

q) Quare, quum consultor proprie non declaret, eum etiam velle, vt consilium sequatur accipiens, concursus ad actiones alterius per consilium ad actus intellectus refertur. vid. WOLFII *Institutiones iur. nat. & gentium P. 1. cap. 1. §. 26.*

r) Veluti si quis amico consuleret, vt pecunias suas potius in emtiones praediorum collocaret, quam foeneraret. *L. 2. §. 6. D. mandati L. 10. §. 7. eod. L. 1. §. 14. D depositi.*

s) Dantur autem plures consilii diuisiones, quae videre sunt in Wolfg. Ad. LAVTERBACHII *Diss. de consiliis eorumque iure P. 1. cap. 1. th. 4.*

t) Si scil. consilium libero accipientis arbitrio non relinquitur.

ligationes alterius concurrat. Is enim qui consilium dat, licet alterum verbis commouere studeat ad consilium sequendum, declarationem eiusmodi, profert citra animum se ipsum obligandi, qui tamen requiritur, vt quis obligetur ex conuentione, vid. *L. 3. §. 1. D. de oblig & act.* Ex quibus vberrime dimanat id, quod quaerimus, intercessionis naturam esse animum se ipsum obligandi & in eo a quocumque concursu ad obligationes alterius per propositionem *u)* differre.

§. III.

Exposita iam definitione intercessionis sequitur, vt solliciti simus de *diuisionibus* illius, maxime tamen de iis, quae infra in resoluendis practicis quaestionibus vsum praebebunt. Harum autem duplex ratio adtendenda; altera ab obiecto, altera ab effectu desumta. Ac primum quidem, quum intercessionis obiectum sit valida omnis generis obligatio, *L. 6. §. 2. L. 8. §. 6. L. 16. §. 3. D. de fideiuss. & mandatoribus*, ponderandum est, an quis ob alterius iam contractam, an demum contrahendam obligationem fidem suam interponat, *x)* v. c. si quis dicat: crede illi periculo meo; des ei nummos fide & periculo meo. Vid. *L. 6. §. 3. L. 12. §. 13. 14. mandati vel contra, L. 24. D. de fideiussoribus & mandatoribus.* cf.

u) Probe inquam per *propositionem;* potest enim alia ratione, quae huc non pertinet, concurrere ad obligationem alterius e. g. per praepositionem, vnde institoria actio, exercitoria.

x) Vid. praeter multas alias leges *L. 63. D. de fideiussoribus & mandatoribus*, ibi: vt si centum quae mutuo *dederit;* tum obligatio alterius iam contracta est. *L. 4. C. ad SCt. Velleianum.*

ef. *L.* 7. 8. *C. mandati.* Priori casu *intercessio in specie* audit, posteriori mandatum qualificatum est, quod coniunctam habet intercessionem, vnde *mandatum cum intercessione* dicitur. Nunc autem restat, vt intercessionis species ab effectu constituamus. Cuius species duae sunt. Altera est *intercessio principalis* seu *expromissio*, quando debitoris obligatio principaliter seu ita suscipitur, vt debitor prior plane vel statim liberetur; *y)* altera est, nouo certe iure, *Nou. 4. cap. 1.* subsidiaria intercessio, quando debitoris obligatio tantum in subsidium, seu eum in casum, suscipitur, si debitor non soluat. Ex diuersa vero huius obligationis indole diuersi nascuntur effectus. Illa enim praeexistens debitoris obligatio tollitur, quum expromissor priuatiue intercedat, & principalem debitorem se constituat; *z)* hac autem principalis obligatio non extinguitur, sed salua manet, quia intercessor per adpromissionem, *a)* tantum cumulatiue, i. e. subsistente debitoris obligatione, intercedit. Atque haec intercessio subsidiaria, ex men-

y) Vid. *§. 3. I. quib. mod. toll. oblig. L. 20. D. ad SCt. Macedon. L. 8. §. 8. L. 22. D. ad SCt. Velleian. L. 7. §. 8. D. de dolo malo. L. 37. §. f. D. de oper. libert.* ibique GOTHOFREDVS *L. 8. §. f. D. de nouationibus & delegationibus.* Ant. HERING *de fideiussoribus cap. IV. n. 21. sqq.*

z) Quamobrem interdum simpliciter *reus* nominatur, quia solus obligatur quasi reus principalis *L. 7. §. 8. de dolo malo. L. 46. §. 4. solut. matrimon.*

a) Vocatur ideo *adpromissor L. 5. §. 2. de verbor. obligat. L. 43. D. de solutionibus, L. 64. §. 4. solut. matrimon.*

mente Iuris romani, est vel *fideiussio*, quae est stipulatio seu conuentio verbis sollemnibus i..ta, qua quis pro alio cumulatiue, & directe in securitatem creditoris intercedit; *b)* vel *constitutum alienum*, quod est pactum legitimum, quo quis cumulatiue promittit se soluturum, quod alius aliunde iam debebat. *§. 9. I. de action. L. 1. §. 4. seqq. L. 28. D. de constituta pecunia.* Sed satis de intercessionis speciebus. Plura enim de his proferre instituti ratio non permittit. Indagari potius debent Iuris romani & germanici differentiae in doctrina de intercessione, vt hodiernum ius intercessionis ex fontibus perspiciamus. Patrios autem mores ignorare, quis est qui non reprehendat?

§. IV.

Frequentem, nec vmquam incognitam in Germania fuisse securitatem conuentionum, quam fideiussio praebet, inter omnes constat; quum potius maiores nostri rigide seruarint paroemiam: den Bürgen muß man würgen: *c)* nec proinde tot ac tanta beneficia fideiussoribus concesserint nec personas aliquas a fideiussionis efficacitate lege quadam exemerint. Vid. Ill. IOH. STEPH. PÜTTERI, *Elem. Iuris Germ. priu. hod. §. 659.* Sed hos Germanorum mores Romanorum legibus longe contrarios esse nemo non videt. Ita enim SCto Velleiano constitutum erat, ne feminae valide fideiubere, nec efficaci-

b) Vid. *pr. I. de fideiuss. L. 1. §. 8. D. de obligat. & action. L. 16. §. fin. D. de fideiuss. & mand. L. 12. C. eod.*

c) De qua paroemia vid. IO. NIC. HERTII *Paroem. I. Germ. Lib. 1. par. 94.*

ficaciter ex fideiussione conueniri possent. *L. 3. 48. pr. D. de fideiuss. & mandat. L. 2. §. 1. D. ad SC. Velleian.*) conf. *L. 2. D. de R. I. L. 8. §. 1. D. qui satisdare cog.* Paterna vero si Germanorum prisca consideramus Iura, nullibi feminis fideiubentibus tale beneficium indultum deprehendimus, nisi in iis prouinciis vbi Ius Romanum antea viguit. *d)* Veteres enim Germani, simplici sinceritate innutriti, contractus ex naturali aequitate diiudicandos esse existimabant, sexusque infirmitati prospiciebant constituentes eam sub perpetua tutela. *e)* Nam nulli mulieri lege Longobardorum viuenti licebat in suae potestatis arbitrio, id est, sine mundio viuere nec aliquid de mobilibus atque immobilibus sine voluntate ipsius, in cuius mundio fuerit, habebat potestatem donandi aut alienandi. *f)* Etsi autem fideiussio feminis teutonicis in specie non prohibita sit, tamen sub generali prohibitione alienationis comprehendi videtur, vt non iniuria existimem, ex perpetua feminarum tutela descendere obligationem, qua impediuntur, quo minus bona sua absque tu-

 torum

d) Veluti in Italia, vt adparet in Edicto Theodorici Gothorum regis cap. 133. apud Pet. GEORGISCHIVM in corp. Iuris Germ. ant. p. 2232. nec non ex Friderici Imp. Constitut. Neapolit.

e) Iure Germanico antiquiori fere de iure communi obtinuit. Ita occurrit in *Legibus Saxonum* tit. 7. apud Georgisch. p. 459. in *Legibus Longobardicis* LVITPRANDI Lib. 6. cap. 46. pag. 1079. confirmata quoque in Spec. Saxonic. Lib. 1. art. 23. 45. 46. 47. Vid. HEINECCII *Elem. Iur. Germ.* Lib. 1. Tit. 15. §. 357. 358. 359.

f) Verba sunt Rotharis L. 205. apud Georgischium p. 982.

torum consensu alienent, & pro aliis intercedant. *g)* Itaque extra omnem dubitationis aleam positum est, ante receptum Ius Romanum plane incognitum fuisse genuino Iure Germanico ius singulare feminis Romanis SCto Velleiano constitutum. Nec de militibus, nec de clericis, quorum illos Ius Romanum, *L. 8. ff. 1. de his qui satisdare cog. L. 31. C. de locato & cond.* hos vero idem illud certis in casibus, *h)* a fideiussionis negotio remouisse constat, vlla vestigia prohibitionis in Germania antiqua legimus. Nec quidem circa fideiussionis obiectum, seu obligationem ipsam, quidquam singulare disposuit Ius Germanicum, vt obligationem dotis caussa, cuius seruandae gratia constitutiones Romanae fideiussores dare vetant, vid. *tot. tit. C. ne fideiuss. dotis dentur,* ne caussa perfidia in matrimonio generetur, *i)* exceperit. Atque etiam quaestio, an in maiorem summam quam debitum principale obligari possit fideiussor? Iure Romano negatiue decisa, & quod ad con-

g) Inseruiunt dilucidationi vlteriori, quae more solito quam adcuratissime ex antiquitatibus germanicis eruta tradit SCHILTERVS in *Prax. Iur. Rom. in for. Germ.* Exc. 28. §. 5. Exc. 8. §. 16. sqq. STRYCKIVS in *Vs. mod. Pand. Lib. 16. T. 1.* §. 2. I. H. BOEHMERVS in diss. *de efficaci mulierum intercessione* cap. 1. §. 5.

h) Concinnam hoc de re commentationem nuper scripsit consultiss. FRICKIVS sub titulo: *de clerico fideiussore.* Helmst. 1760.

i) Rationes huius singularis dispositionis praeter Commentatores pandectarum prolixe tradit HERINGIVS dict. tract. cap. 6. n. 107. sqq.

concurrentem summam tantum valida, *k)* moribus Germanicis inutilis videtur, quum obligatio in maius, teste SIM. a GROENEWEGEN *de Legg. abr. & inus. ad L. 8. D. de fideiuss. & mand.* & STRYCKIO in *Vsu mod. Lib. 46. Tit. 1. §. 9.* add. HOPP. *ad I. tit. de fideiussor. §. 5.* in vim donationis fieri potest, ob validitatem pactorum in Germania; modo de animo donandi constet. Insignis certe Romanae & Germanicae fideiussionis differentia ex ineundi modo adparet, quum illa non nisi verborum sollemnitate, seu stipulatione, vid. *§. fin. I. L. 8. pr. D. L. 12. C. de fideiussor. & mand. L. 5. §. 2. D. de verb. oblig.* conf. HERINGIVS cap. XI. indeque eius a constituto alieno differentia fluebat, *l)* haec vero non adtenta sollemnitate poterat celebrari, vt plane nulla germanicae fideiussionis & constituti alieni differentia dari possit. Vid. SCHILTERVS *in praxi iur. rom.*

k) Leges romanae huc pertinentes sunt §. 5. *I. de fideiuss. L. 8. §. 7. L. 16. §. 1. L. 34. 42. 49. §. 2. L. 70. pr. D. de fideiussoribus & mand. L. 1. §. 4. 8. de verb. oblig.*

l) Haec autem differentia, quae de Iure romano quidem ordinaria erat, neutiquam pro essentiali & interna habenda est. Quamuis enim de Iure romano fideiussio per stipulationem contraheretur, haec tamen magis ad efficaciam & validitatem requirebatur, (vti similiter in correali obligatione vbi etiam stipulationem adhibebant) quam ad essentiam & formam eius internam; vnde etiam extra ordinem valida fideiussio sine vlla stipulatione fieri poterat L. 4. §. 3. de fideiussoribus & nominatoribus & heredibus tutorum & curatorum. Verior igitur & essentialis differentia rectius in fine videtur quaeri. Sed de hoc alio tempore opportuniori pluribus.

rom. Ex. 24. §. 71-79. STRYCKIVS in *Vsu mod. Lib. 13. Tit. 5. §. 7.* Germanicae enim gentes subtiles Romanorum obligandi caussas ciuiles numquam receperunt, sed in modis obligandi naturalem simplicitatem semper coluerunt. *m)* Ex quo intelligitur pactorum omnium per omne aeuum apud Germanos validitas, quam docet fides antiquissimorum Germanorum, qui apud TACITVM *n)* gloriantur, *nullos mortalium armis aut fide ante se esse*, & paroemiae: ein Wort ein Wort, ein Mann ein Mann; Zusage macht Schuld, vid. HERTII *Paroem. Iur. Germ. Lib. 1. par. 8.* cum quibus Speculatorum medii aeui verba conueniunt, *o)* vt adeo manifestus error

m) Vide quae SCHILTERVS de pactis germanorum & stipulationum non vsu apud Germanos tradit in *praxi Iur. rom. Ex. 8. §. 5.*

n) Annalium lib. 13. cap. 54. quamque fidem singulari exemplo in aureo libello de moribus Germanorum cap. 24. demonstrat *de alea victo* spontaneam seruitutem, libertate amissa, adeunte.

o) Speculi Saxonici Lib. 1. art. 7. dicitur: Wer etwas borget oder gelobet, der soll es gelten, und was er thut, das soll er stete halten. Idem habet Spec. Sueuic. cap. 259. Nihil autem detrahunt huic simplicitati naturali ea, quae ad pactorum in scriptura redactorum validitatem requiruntur; v. c. subscriptio paciscentium & testium, nec non expressio anni & diei, in L. *Wisigothorum* Lib. 2. tit. 5. §. 1. 2. 3. apud GEORGISCH p. 1904. & in L. *Baiuariorum* tit. 15. cap. 13. p. 313. & inter leges *Longobardicas* in LOTHARII I. L. 79. p. 1242; quum ex his legibus plane non sequatur conclusio HEINECCII, (in Elem. Iur. Germ. Lib. 2. part. 1. §. 333. 334.) existimantis, apud has gentes pacta in scripturam non redacta inualida fuisse. Leges enim

ror sit eorum, qui putant apud Germanos ex Iure Canonico omnia pacta obligare coepisse. Vid. RICCII *Spicilegium historico-diplomaticum* pag. 50. cf. SCHILTERVS Ex. 8. §. 5. n. e) Sed quid plura in re nemini forsan ignota? Videndum potius quid Romani & Germani circa fideiussionis effectum disposuerint. Antiquo Iure Romano fideiussor ipso iure tenebatur, adeoque etiam ante debitorem principalem conueniri poterat. *p)* At vero antiquarum legum germanicarum, quae circa obligationes fideiussorum & beneficia variant, nonnulla ab eiusmodi dispositione recedunt. Apud *Burgundiones* enim erat obligatio fideiussoris ipso iure subsidiaria, vt prius ille conueniri non posset, quam excussus esset debitor principalis, & si creditor prius pignora a fideiussore cepisset, quam a debitore principali, ille in duplum tenebatur. *LL. Burgund. addit. cap. VII. Franci* quidem optionem veteri Iuri romano conformem dabant creditori, vtrum fideiussorem an debitorem principalem conuenire mallet; at, semel pulsato debitore, aduersus fideiussorem eiusue heredem nullam amplius actionem dabant. *q)* Reliquae gen-

 tes

enim allegatae formam tantum praescribunt pactis scriptis & instrumentis conuentionum; minime vero disponunt pacta absque scriptura inita non valere.

p) Vid. *L. 51. §. 3. D. L. 2. 3. 5. 21. 23. 28. C. de fideiussoribus & mand. L. 56. pr. D. mandati.* Pauci autem casus sunt excepti qui a commentatoribus pandectarum recensentur Petr. MÜLLER ad Struuium Ex. 47. th. 43. lit. α)

q) Capitular. Lib. VII. cap. 253. *Si quis contempto fideiussore debitorem suum tenere maluerit, fideiussor* vel

tes Germanicae electionem concedebant creditori, fideiussores an debitorem principalem conuenire mallet, non concesso beneficio ordinis seu excussionis Iure Romano recentiori introducto. *r)* Quam electionem olim apud creditores fuisse, nec fideiussores excussionis sed solutionis exceptione usos esse, praeter constitutionem *Ottonis* II. Imp. *s)*, mores in Speculo Saxonico relati *t)* luculenter comprobant, quamuis Speculator Sueuicus obligationem fideiussoris subsidiariam fuisse refert. *u)* Denique circa fideiussionis

vel heres eius a fideiussionis vinculo liberatur. conf. SCHILTERVS Ex. 48. §. 20. 21. HEINECCIVS. in *Elem. Iur. Germ. Lib. 2. part. 1. p. 447. 448.*

r) per Nou. 4. cap. 1. Auth. praesente C. de fideiuss. & mandator.

s) Apud GOLDASTVM const. imper. tom. 3. p. 309. quam constitutionem emendatiorem protulit SCHILTERVS Ex. 48. §. 19.

t) Lib. 3. art. 85. Verba sunt: Wer Bürgen setzt also, daß er selbst gelten will, oder seine Bürgen vor ihn: mag ers vollbringen oder beweisen, daß er es selbst gegolten habe, er hat seine Bürgen geledigет. Wer aber Bürge wird vor den andern, und gelobet ein bescheiden Geld selbst zu gelten, das muß er vollbringen mit gezeugen, daß er es gegolten hat. conf. WEICHBILD art. 31. ibi: Demnach muß der Bürg die Geltung beweisen, ob er auch um die Schuld angesprochen wird.

u) In Spec. Sueu. cap. 325. admittitur beneficium diuisionis ex Iure Romano, quod ibi tribuitur einem Meister, der da heisset Adrianus, der Landrechts viel gemacht hat. Beneficium ordinis competere fideiussori tradit Speculator his verbis: Und hat er nicht zu vergelten, des Bürgen sie da worden sind, sie müssen selbst gelten. Quae verba indigitant, voluisse quidem huius

nis effectum vnicam quaestionem, num etiam dispositio Iuris romani, vt heredes fideiussorum obligarentur, *x)* apud antiquas gentes Germanicas vmquam in vsu fuerit aut agnita, non possum non quin breuiter adtingam. Non omnium populorum mores conueniunt in hac re. *Burgundiones* enim negarunt hanc obligationem heredis, quum ex moribus eorum referatur fideiussorum obligationem ad heredes non transire, sed iis iudicem interpellantibus, creditorem cogi fideiussores a debitore accipere. L. *Burgundionum* tit. 72. §. 2. *Ripuariis* vero placuit, heredem indistincte omnes defuncti obligationes suscipere debere. L. *Ripuariorum* tit. 67. §. 1. Leges vero consuetudinariae medii aeui non minus variant, quum secundum Spec. Sax. heres nec vltra vires hereditatis mobiliaris *y)* nec facta defuncti seu promissa praestare teneatur, nisi in eadem

Yy 5 con-

huius Iuris compilatorem peregrinum ius inuehere in Germaniam; sed in vsum fori tum temporis haec verba non fuisse admissa rectius existimat SCHILTERVS Ex. 48. §. 25. quam ea verba in plerisque codicibus plane sint omissa. vid. HEINECCII *Elem. Iur. Germ.* Lib. 2. part. 1. §. 449—452.

x) Quum constet obligationes & actiones, quae ex contractibus veniunt, in heredes quoque dari per regulam in §. 1. I. de perpetuis & temporalibus actionibus L. 12. 49. D. de obligationibus & actionibus, nullum dubium est quin fideiussor, cuius obligatio talis est, non tantum ipse obligetur, sed etiam heredem obligatum relinquat §. 2. I. L. 4. §. 1. L. 5. D. L. 24. C. de fideiussoribus & mandatoribus.

y) Spec. Sax. Lib. 1. art. 6. Wer das Erbe nimmt, der soll zu rechte die Schuld gelten, als ferne das Erbe wäh, ret, mit der fahrenden Haab. Conuenit hic locus cum L. *Wisigothorum* Lib. 2. tit. 5. §. 8.

consenserit. *z)* Contra vero secundum Spec. Sueu. heres non tantum ad omnia defuncti debita expungenda generaliter, & sine restrictione obligatur *a)* sed etiam facta omnia defuncti adimplere debet. *b)* Tandem, quoniam ex paullo ante dictis patet stipulationes *in sensu romano c)* numquam in vsu fuisse apud maiores nostros, adeoque quoad modum incundi fideiussionem & constitutum alienum vnum idemque apud illos fuisse, sequitur cessasse etiam eam differentiam, qua Iure romano ex fideiussione actione ex stipulatu, ex constituto alieno autem actione praetoria de constituta pecunia agebatur. Accedit

z) Quo pertinet venditio Lib. 1. art. 9. locatio Lib. 3. art. 77. delictum Lib. 1. art. 6. fideiussio. conf. WEICHBILD art. 117. Wo auch ein Mann Bürge wird, stirbt er, seine Kind dürffen vor ihn nicht gelten, der Sachwalden Erben sollens aber leisten und volzalen, thun sie es nicht, man mag alsdann des Bürgen Kinder manen.

a) Spec. Sueu. cap. 254. Wer Erbe nimmt, der soll auch zu recht die Schuld gelten, die der tod mann gelten sollte die man weiß.

b) e. g. locationem cap. 334. fideiussionem cap. 325. ibi: und welcher stierbt unter den Bürgen, die Erben sollen seinen Theil für ihn gelten ꝛc. conf. HEINECCIVS *in Elem. Iur. Germ. Lib. 2. part. 1. §. 228. sqq. &* §. 447.

c) Seu clarius: secundum *rem* ipsam; licet vox stipulatio in instrumentis notariorum quandoque inueniatur, & pactionem denotet; abusiue tamen. Ita in formulis MARCVLPHI videre sunt eiusmodi clausulae plures: haec epistola &c. firma maneat *stipulatione subnixa*. In speculo Saxonico (v. c. Lib. 3. art. 9.) haut infrequens est vsus vocis stipulationis scil. impropriae, qua promissionem denotat.

cedit vero huic rei alia ratio non minus pinguior, quippe quod Germanos non tantum a Iure naturae & Gentium numquam recessisse, sed etiam ex quolibet pacto actionem dedisse accepimus. Atque haec actio tam lata est, vt exhauriat & actionis ex stipulatu, & ex constituto vim, atque omnem fidei datae efficaciam. Quamobrem SCHILTERVS in *praxi I. R.* Ex. 24. §. 76. & Ex. 1. §. 7. & Ex. 8. §. 5. praeclare dicit, *nos maiori iure verba* IVSTINIANI *L. 2. C. de const. pec. nostra facere posse, quod neque receptitiae, neque ex stipulatu, neque ex constituto actionis remedio indigeat nostra respublica; sed actio ex pacto moribus nostris sibi in omnia sufficiens sit.* Ex omnibus autem praedictis hoc facile colligitur, quum, vt vidimus, pro temporum locorumque varietate diuersi fuerint mores, neque formam, neque effectus Iuris romani generaliter probarint, nullum his temporibus exstitisse Ius Germanicum de intercessione commune. Quod & quale sit hodiernum nunc demonstrabimus.

§. V.

Iam vero illustratis Germaniae antiquioris iurium & Romanorum circa fideiussionem differentiis, transeamus ad recentiora tempora, vt videamus, quodnam sit hodiernum ius intercessionis commune, ex quo controuersiae dirimantur. Scimus publicam legum imperii adprobationem Iuris romani, eiusque in fora Germaniae introductionem, sub nomine des gemeinen geschriebenen Kayserlichen Rechts factam fuisse. *d)* Ex generali itaque receptione ea nobilissima

d) Historiam Iuris romani introducti illustrant BRVNQVEL-

ſima iuris pars, quae de fideiuſſione disponit, vtique introducta videtur. Patrio tamen Iuri, quamuis conſuetudinario, derogabatur neutiquam peregrini iuris introductione, *e)* quum potius ſingulae Imperii leges iubeant: jeden Standes, Landes, Orts und Gerichts gute Ordnungen und Gewohnheiten, und in Mangel derſelben die Kayſerlichen Rechte in Acht zu nehmen. *Ordinat. iud. imper. aulic. tit. 1. §. 15.* Itaque manifeſto conſtat, in ſubſidium duntaxat receptum eſſe Ius romanum, ſcilicet in caſu, ſi leges domeſticae deficiant, nec mores actualiter conſeruati, legitimisque modis probati, contrarium quid ſtatuant. Quae quum ita ſint, ſententiam generaliter conceptam, ſcilicet interceſſionem hodiernam ex Iure romano diiudicandam eſſe, limitibus conſtringere arctius neceſſe erit. Ac primo quidem tenendum: *ea omnia, quae Iure romano in doctrina de interceſſione circa ſtipulationis & pacti differentiam continentur, atque ex hac differentia deducuntur, hodie non adtendenda eſſe;* quoniam vt diximus (§. praeced. IV.) maiores noſtri numquam ſtipulationes admiſerunt nec noſtris temporibus in vſu ſunt. Secundo autem notandum: *Diſpoſitioni Iuris roma-*

QVELLVS in *hiſtor. Iur. Rom. Germ.* Lib. III. membr. 2. cap. 10. HEINECCIVS in *hiſtor. Iur. ciuil. rom. & germanici* Lib. II. §. 55—68. nec non §. 95—114. RICCIVS in libello cui titulus: *Spicilegium hiſtorico diplomaticum*, quo iuris Iuſtinianei in aulis Germanorum principum & perſonarum illuſtrium adoptati vſus pragmaticus iam inde a Saec. XIII. & XIV. ex ipſis fontibus ad illuſtrandam hiſtoriam iuris eruitur & oſtenditur.

e) Vid. Ill. PÜTTERI *Elem. Iuris Germ.* §. 18.

romani nullam auctoritatis rationem habendam esse in foro, si in lege domestica, vel vniuersali vel particulari, contrarium intuitu alicuius rei vel personae sancitum sit. Quamuis igitur Ius romanum in doctrina de intercessione ex generali eius receptione apud nos regulam constituat, tamen respectu legum patriarum hodiernarum subsidiarium modo esse, in sequentibus §§is demonstrare exemplis commoda occasio erit.

§. VI.

Quae paullo ante de hodierno Iuris romani vsu in doctrina de intercessione generatim dixi, ea iam facile ad expromissionem adplicari possunt, & debent, quoniam integra quadam doctrina generaliter recepta, omnia eius principia simul recepta esse videntur. Itaque & hodie expromissio animo nouandi facta obligationem prioris debitoris perimit, efficitque, vt creditor priorem debitorem ex obligationis nexu dimittat. Conf. §. III. lit. y). Ex quo patet creditoris periculo esse, si a praesente debitore, fortunis suis exuto, nihil consequatur, nec veterem debitorem postea amplius conuenire posse, quum damnum suae culpae adscribere debeat, *L. 203. D. de R. I.* modo de animo nouandi, qui in nouatione requiritur, *§. 3. I. quib. mod. toll. oblig. L. 8. C. de nouat.* cuius species est expromissio, constet. Quare, quum expromissio sit nouationis species, famosa illa quaestio, quae in doctrina de nouationibus tantopere ventilatur, pertractanda venit, scil. quomodo animus veterem obligationem remittendi declarandus sit? Circa hanc quaestionem DD. in duas partes abeunt, quarum altera coniecturas admittit.

tit, *f*) altera verba expressa requirit *g*). Sed verior nobis videtur posterior sententia, *h*) ex ipsis Iustiniani verbis, *i*) quae contraria pars ad se, torte tamen, trahere studet. Eadem enim ratio, quae facit, quod novatio non praesumatur, in expromissione etiam locum habet. Scilicet tam in nouatione, quam in expromissione creditor prius suum ius remittit, & in primis in expromissione priorem debitorem ex nexu obligationis dimittit; at vero neutrum praesumitur ex interuentu nouae personae, quum nemo ius suum pristinum remisisse

f) Placet hic nominare quosdam Doctores, qui expromissioni tacitam nouationem inesse statuunt. Andr. GAILL Obseruat. pact. Lib. 2. obs. 30. n. 9. Dav. MEVIUS in Opere decisionum part. 2. dec. 240. 241. 243. part. 7. dec. 11. 12. Hen. HAHN ad WESENBECCIUM Lib. 46. Tit. 2. n. 8. BACHOV. in animaduers. ad Treutler. vol. 2. disp. 29. thes. 6. lit. a. LAUTERBACH in diss. de beneficio excussionis thes. 24.

g) Hanc sententiam veriorem probant Bened. CARPZOVIUS in iurisprud. for. p. 2. const. 19. def. 16. Petr. MÜLLER ad STRUVII Syntag. iur. ciuil. Ex. 47. th. 64. lit. 1. Sam. STRYCK in usu mod. Lib. 18. Tit. 4. §. 25. Lib. 46. tit. 2. §. 3. August. de LEYSER Spec. 527. med. 2 sqq. Sam. de COCCEII in iure ciu. controuerso Lib. 46. Tit. 2. qu. 3 & 4.

h) Quam sententiam quoque comprobat Elector. Saxo. decis. 66. vnice mercatorum caussas excipiens.

i) c. L. 8. C. de nouat. tum generalibus: *vel aliud fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant nouationem*, tum specialibus: *vel aliam personam adhibuerit vel mutauerit.* Quae posteriora verba Iac. CUIACIUS Lib. 19. obs. 36. rectius de interuentu noui debitoris, quam BACHOVIUS c. l. de persona fideiussoris intelligi vult.

ſiſſe in dubio cenſeatur, & hic animus in ſpecies exprimendus ſit. Attamen, reiectis coniecturis, non excludimus facta euidentia, quibus adpareat, quod propter nouationem prioris obligationis conuenerint; v. c. quando is, cui nouus debitor conſtituitur, chirographum ſuum reddit, aut illud lacerat, comburit, quia ſecundum rationem naturalem, & iura ſcripta, idem eſt verbis vel factis ſ. tacite conſentire. Vid. *L. 4. pr. de pactis*. LEYSER c. l. *Spec.* 527. *med.* 4. Itaque quum animus nouandi in expromiſſione non praeſumatur, id quoque perſpicuum eſſe arbitror, eum, qui ſe *tamquam principalem* debitorem obligat, aut obligationi ſubſcribit, neutiquam fieri expromiſſorem, nec propter huiusmodi obligationem, aut eius ſubſcriptionem admittere beneficium ordinis; *k*) quod tamen expro-

k) Longe iam agitata eſt a Doctoribus quaeſtio, an is, qui ſe tamquam principalem, als Selbſtſchuldner, obligat, beneficio excuſſionis gaudeat. Cuius discusſionem quum hoc loco ſuſcipere non poſſim, id ſaltem dicam, adfirmatiuam huius rei ſententiam in praxi obtinere, & a plurimis ICtis defendi, quorum aliquos in vtramque partem nominat Sam. de COCCEII in iure ciu. contr. Lib. 46. tit. 1. qu. 13. Caeterum leges particulares hac in re non vbiuis conueniunt. Nam in Saxonia Electorali adfirmatiua ſententia comprobata eſt part. 2. conſt. 18. negatiua in ducatu Würtembergico, (Würtemberg. Landrecht part. 2. tit. 5. §. Es hätten ſich denn) & *Hamburgi*. vid. Statuta Hamburgenſium de a. 1605. Der Stadt Hamburg Gerichts Verordnung und Statuta part. 2. tit. 6. art. 7. ibi leguntur verba: Alſo auch, wenn ein oder mehr Bürger ſich als ſelbſt ſchuldige verpflichten, hat der oder dieſelbige, die ſich alſo verpflichtet haben, ſich hinfürter der Exception Excuſſionis principalis nicht zu

promissori, qui solus obligatur, recte denegatur l). Sed satis de hac re. Videndum potius est, quodnam sit ius intercessionis minus principale, quo hodie nonnullis locis vtimur.

§. VII.

Quamquam Ius romanum in caussis intercessionum Ius commune regulamque constituat in Germania, (§. V.) negari tamen nequit, fuisse passim conseruata quaedam Iura germanica antiqua, aut nouis legibus prouincialibus & statutis stabilita, quae legibus romanis e diametro contraria sunt, & tamquam Iura particularia exceptionem a Iure communi constituunt. Videamus igitur aliqua Iurium particularium a Iure communi discrepantium exempla, quum totam fideiussionis hodiernae discussionem nunc suscipere, neque pagina sufficiat, nec instituti ratio permittat. Ita enim quoad *personas fideiubentes* & quidem *feminas*, quae Iure communi SCti Velleiani beneficio munitae sunt, quibusdam locis tali praesidio haut instructas esse accepimus. Nam alibi, v. c. Norimbergae, SCtum illud numquam receptum est, sed intercessiones feminarum iustae

zu gebrauchen, sondern müssen, wie die Sachwaltere selbsten gelten. conf. etiam, quod de hac re statuitur in Ord. polit. Ducat. Magdeburgic. cap. 53. §. 4. 5.

l) Expresse hoc statuitur in Ord. polit. Duc. *Magdeburg.* cap. 53. §. 3. his verbis: Wenn iemand sich als Selbstschuldner dergestalt verschreibet, daß die von dem principal debitore zuvor ausgestellte Obligation aufgehoben, und an dessen statt Bürge animo nouandi zum debitore angenommen wird, soll ihm als einem expromissori das beneficium Excussionis nicht zu statten kommen, wenn er gleich demselben in der Obligation nicht ausdrücklich renunciret hat.

iustae aetatis generatim validae declarantur *m*), alibi edictis publicis abrogatum est SCtum, vti de Nordhusanis commemorat STRYCKIVS, in *vs. mod.* L. 16. t. 1. §. 3. alibi, rursus non competit exceptio SCti Velleiani feminis mercatricibus in caussis mercaturam spectantibus *n*). Quod ad *obiectum* seu obligationem quam

m) In Reformat. Statut. *Norimberg.* de a. 1564. tit. 19. L. 5. ibi: Wiewol die Weibspersonen durch die Kayserlichen Recht, der Bürgerschaft halb, hoch fürsehen und gefreyet sind; iedoch nach Gelegenheit aller Handthierung dieser Stadt, und zu Handhabung gemeines Nutz, Traewens und Glaubens, so sollen die Wittfrauen oder Jungfrauen, die achtzehn Jahr erfüllet und unbevormundet seyn, und ihr eigen Gut haben, wenn sie sich in Bürgschaft einlassen verbunden und zu bezalen schuldig seyn, allermassen und gestalt, wie hievor der Mannesperson halber geordnet ist. Dergleichen mögen die Ehe-Frauen, so in verdingter Heirat sitzen, sich mit wissen ihrer Ehemänner, für andere in Bürgschaft begeben und verpflichten &c. Atque pro maritis factam intercessionem esse validam, modo vel ex Senatu vel ex cognatis duo testes fuerint adhibiti, sequentia statuti verba demonstrant.

n) Sic v. c. Statuta *Hamburgensium* P. 2. tit. 6. art. 2. ibi: Alle dieselben so vor sich beständiglich contrahiren, können sich auch für andere bürglich verpflichten: coll. h. art. cum tit. 8. §. 1. Eine Frau die Kaufmannschaft gebraucht, offene Laden und Fenster hält, soll pflichtig seyn, dasienige, so sie kauft oder verkauft zu zahlen und zu liefern. *Francofurtensium* P. 2. tit. 16. §. 11 sqq. P. 3. tit. 7. §. 15 sqq. *Wratislaviensium* art. 15. *Luneburgensium* art. 22. aliorumque quae Ioh. Pet. de LVDEWIG in diss. 11. *de different. iur. rom. & germ. in SCt. Vell.* diff. 1. n. 13. adducit, vt appareat, non vbique in Germania prodesse feminis SCt. Velleianum. Quod *Holsatos* autem adtinet, nec non *Lubecenses*, SCtum hoc perperam

quam quis in fidem suam recipit, vbiuis fere Iuris communis dispositio retenta est, *o*) excepta Pomerania, vbi, teste DAV. MEVIO in opere *decisionum part.* 2. *decis.* 367. n. 6. fideiussores pro dote conseruanda, contra tenorem Iuris communis, accipi soleant. Dubium autem non est, hodie fideiussionem ratione dotis a marito sponte oblatam recipi, non autem exigi posse ab inuito; CARPZOVIVS in *iurisprud.* p. 2. const. 42. def. 17. atque etiam iuste permitti ex statuto, fideiussores dari pro dotis conseruatione, vti Florentiae obtinuisse IAC. MENOCHIVS refert in commentariis de *praesumtionibus*, *coniecturis*, *signis & indiciis lib.* 4. *praes.* 190. n. 43. Denique circa *effectum* obligationis fideiussoriae non minus variant mores legesue particulares. Ita enim quibusdam locis transit ad heredes fideiussoria obligatio ex natura contractuum, etiamsi nulla eorum facta fuerit mentio, v. c. Hamburgi, *p*) in Ducato Magdeburgico,

ram a Ludwigio in exilium est datum. Verba enim Ord. Prou. Slesv. Holsat. id satis superque testantur P. 4. tit. 5. §. 10. de Lubecensibus infr. §. 11. dicendum erit.

o) Sic v. c. in Statutis *Hamburgensium* part. 2. tit. 6. art. 1. verba: In allen Obligationen und Handlungen, es sey denn dasselbe ausdrücklich in den Rechten verboten, können Bürgen genommen werden.

p) Statut. *Hamburg.* part. 2. tit. 6. art. 1. In allen Obligationen — — — können Bürgen genommen werden, welche nicht allein sich, sondern auch ihre Erben, verbinden, obgleich derer in der Verschreibung nicht gedacht wird. Es were denn, das in der Verschreibung ausdrücklich beschieden, daß an statt des Bürgen, so versterben möchte, der Schuldiger dem Gläubiger einen andern Bürgen setzen sollte, denn auf sodanen

gico, *q*) in Electoratu Saxonico; *Elect. Const. P. 2. const. 20.* alibi autem, veluti in regno Bohemiae heredes non tenentur ex fideiussoria obligatione defuncti, nisi pupillorum caussa suscepta sit fideiussio; *r*) nec Erfurti, ex fideiussione patris, teste STRYCKIO in *annot. ad Lauderb. Compend. L. 46. tit. 1. voc. & heredes*, alibi, vt in Ducatu Megalopolitano, *s*) expressa heredum mentio requiritur. De Ducatu Lüneburgensi autem heredes ex fideiussione defuncti obligari, contra HERINGIVM in *cit. tract. cap. 20. §. 10. n. 82 sq.* egregie docet Perill. FRID. ES. PVFFENDORFIVS, *t*) Iurium Lüneburgensium peritissimus. Ac in eo quidem effectu, qui fideiussores ipsos concernit eorumque beneficia, non vbique conueniunt Iura particularia cum Iure romano. Nonnullis enim locis antiqua principia seruantur: veluti, secundum statuta Norimburgensium negatur beneficium ordinis, admit-

 titur

sodanen Fall haben die Erben des verstorbenen Bürgen sich excipiendo zu schützen.

q) In Ordinat. Polit. cap. 53. §. 72. iisdem fere verbis, quibus Hamburgi, eadem legitur dispositio.

r) Iur. Bohem. L. 2. art. 13. ausgenommen die Bürgschaft, so für einen andern geschehen, die ist mit ihm gestorben: aber die Bürgschaft für Waysen Gut, welche versichert ist mit Gütern, die stirbt nicht mit.

s) Hoc singulare proponit textus Reuersalium de a. 1621. art. 25. verbis: Zum fünf und zwanzigsten wollen wir den Gebrauch dieses Fürstenthums, daß der Bürgen Erben in Bürgschaften, so in specie auf die Erben nicht gerichtet, zu keiner Zahlung verbunden, hiemit in Gnaden confirmiret und bestätiget haben.

t) Obseruat. Tom. 1. obs. 129. §. 2. In terra Hadelensi autem per Ius Prov. Hadel. P. 2. tit. 4. heredes non obstringuntur, nisi obligatio in heredes directa sit.

titur vero cessionis beneficium: v) atque etiam in Ditmarsio, x) aliisque locis, y) nullus datur excussioni locus. CAMERARIVS z) quidem Rostochii nullum vsum esse relictum ordinis beneficio, & ciuem fideiubentem indistincte ante principalem debitorem conueniri posse docet, tamen hanc consuetudinem vsu confirmatam esse rectius negat SIBRANDVS *Conclus. forens. concl. 1. §. 38.* conf. STEINII Abhandlung des Lüb. Rechts T. III. §. 116. Aliis vero locis negatur beneficium excussionis in certis caussis v. c. mercatorum, propter vtilitatem publicam, aut si quis pro principe, fisco, vniuersitate, fideiussit. a) Pluribus hanc

v) Vid. Reformat. Statut. *Norimberg.* tit. 19. L. 1. ibi verba: Wann einer für den andern, ohn besonder ausdrückenlich Geding, Bürge würdet, so steht in des Glaubigers freyen Willen, den Selbstschuldener, ungeledigt des Bürgen, oder den Bürgen, ungeledigt des Selbstschuldeners, umb die Bezahlung fürzunehmen; und ist derselbig Bürg dasjenig dafür er Bürg worden, zu leisten und zu erstatten schuldig. Doch soll der Gläubiger, so er bezalt ist, dem Bürgen hinwieder alle seine Zuspruch und Gerechtigkeit gegen dem Selbstschuldner, cediren und übergeben, auch auf der Burgen Ansuchen darzu gehalten werden.

x) Vti constat ex Iure prouinciali Ditmarsico a. 1567. a Friderico II. Rege Daniae promulgato art. 47.

y) v. c. in Austria, vti testatur Andr. GAIL Lib. 2. obs. 27. n. 30. Dav. MEVIVS in comm. in ius Lubecense Lib. 3. tit. 5. art. 1. n. 33.

z) In EIVS *manuscripto iure ciuico Rostoch.* §. 9. art. 1. tit. 5. Lib. 3. iuris Lubecensis. IDEM in proiectirten Rostocker Stadtrecht, §. 9. apud KLÜVERVM in der Beschreibung von Mecklenburg part. 2. p. 560.

a) Ex multis particularibus iuribus, quae huc spectant, vnum tantum proferam, quod hanc rem optime exprimit:

hanc rem non persequimur. Perspicuum iam est, non vbiuis Ius romanum in doctrina de intercessione, tamquam constantem regulam & vniuersalem acceptum, sed variis modis lege speciali immutatum esse.

§. VIII.

Restat autem ea species intercessionis, qua obligatio alterius nondum contracta suscipitur. Quod quidem contingit, quando quis alteri mandat, vt cum tertio contrahat periculo suo. Ex quo verborum cortice quum adpareat intercessio, *mandatum cum intercessione* seu qualificatum dicitur. Huiusmodi autem mandata non tantum apud Romanos contrahebantur, *b*) sed etiam moribus nostris frequentia sunt vel maxime, quum haut raro iniungatur alteri, vt cum tertio contrahat fide sua, periculo suo; auf sein Wort, auf seine Gefahr. Quoniam igitur mandatum illud intercessionem continet, eas personas, quibus fideiubendi facultas restricta est, aut prorsus ademta, haut efficaciter illud inire posse, in propatulo est. Caeterum, non

 adtenta,

primit: est quidem *Ordinat. Polit. Duc. Magdeburg. cap. 53. §. 7.* ibi: Dessen (beneficii excussionis) aber kein Bürge fähig seyn soll, welche vor fürstliche und gräfliche Personen und deren Rentkammern, oder in Kaufmanns Sachen, oder vor Weibspersonen sich bürglich eingelassen, oder der Principal Schuldener hätte gar nicht zu bezahlen oder dessen Güter wären unter anderer Herrschaft belegen und die Zahlung könnte ohne schwere Kosten nicht erlanget werden, oder so weit er des Schuldners Erbe, oder es wäre derselbe Schulden halben flüchtig und man wüste nicht, wo er anzutreffen. conf. CARPZOVIVS in *iurisprud. for. P. 2. const. 12. def. 7. 8. 9.*

b) Sollemnis huius mandati formula legitur in *L. 62. §. 1. D. mandat. L. 24. D. de fideiuss. & mandat.*

adtenta, nec vmquam cognita ſtipulatione, tamquam fideiuſſionis & mandati differentia, plane nulla in effectu vtriusque negotii adeſt differentia, c) vt adeo moribus noſtris aeque ac Iure romano idem ſit, fideiubeat quis an mandet; quum etiam mandator pariter ac fideiuſſor gaudeat ordinis beneficio ex Iuris communis diſpoſitione, per *Nou.* 4. c. 1.

§. IX.

Sed quoniam ſingularia quaedam circa intercesſionem ex Iuribus particularibus, quae hodie nonnullis locis extra patriam vigent, ſint adducta, nunc de iure intercesſionum ex *ſtatutis Lubecenſibus* agendum eſt, quibus etiam multa ex moribus ſingularia, & Iuri communi romano contraria, continentur, tam in ipſa fideiuſſione, quam in aliis doctrinis. Atque etiam eo magis huius doctrinae disquiſitionem ſecundum Ius Lubecenſe a me ſuſcipiendam eſſe arbitror, quia intercesſionis ſingulare exemplum illuſtrare animum adplicabo. Ante omnia autem hoc loco disquirendum eſt, quum Iuris Lubecenſis diſpoſitiones admodum ſpeciales ſint, & certi tantum caſus ſtatutis comprehendantur, quo recurrendum ſit in iis capitibus, quae indeciſa reliquerunt Legislatores Lubecenſes. Equidem vix credo hodie dari ICtos exiſtimantes recurſum a Iure Lubecenſi capiendum eſſe ad antiqua Iura Saxo-

c) Eſt quidem Iure romano inter mandatorem & fideiuſſorem haec differentia, vt mandator principalem obligationem praecedat, fideiuſſor vero ei accedat, tamen in effectu nullum diſcrimen inducere videtur docente SCAEVOLA in *L. 62. §. 1. D. mand.* Conferantur praeter alios commentatores pandectarum Ioh. SCHILTERVS in *Ex. 28. §. 75. 76.* STRYCKIVS in V. M. *Lib. 17. Tit. 1. §. 2. 3. 4.*

Saxonica, *d*) licet non negem, olim seductos fuisse quosdam tum praefatione Statutorum Lubecensium, quae multa ex iis depromta innuit, tum vtriusque Iuris consensu in nonnullis doctrinis. Vid. MEVII *Comm. in Ius Lubec. prolegom. quaest. 7. n. 36 sqq.* Nam constat non modo ex generali Iuris romani receptione in Germania, auctoritatem eius in foro Lubecensi admittendam esse in iis caussis, quae statutario iure nostro non decisae sunt; sed caeteroquin etiam disertis verbis a Lubecensibus sancitum, magistratui competere: die freye Erkenntniß in allen iudicial und extraiudicial Sachen nach dieser Stadt Statuten und Ordnung, **auch**, *iis deficientibus*, **den gemeinen Rechten** auf seinen Amts Eyd ledig vertrauen. *e*) Quibus verbis quid clarius? Colligi enim potest id, quod quaerimus, facillime, scilicet Ius commune succedere Lubecensi, adeoque quae Iure communi sancita sunt omnino admittenda esse, nisi vel illi ipsi, vel consuetudini cuidam verae & validae repugnent. Conf. MEVIUS *c. l. n. 39.* SIBRANDI *ius publicum Lubec.* apud

d) Errores enim huius generis v. c. quod legibus istis germanicis antiquis hodie eadem auctoritas tribuenda sit, quam olim vel habuerunt vel habuisse fingitur; nec non, quod statuta germanica ex solo Iure germanico, ex romano nunquam, interpretanda sint, Ill. Dav. Georg. STRUBEN more suo eleganter & copiose refutauit in commentatione: von dem Misbrauch und guten Gebrauch der alten Teutschen Rechte, quae exstat in Eius Nebenstunden, V. Theil, p. 1 sqq.

e) Verba sunt des Hauptrecesses, so durch Vermittelung der Hohen Kayserlichen Commißion zwischen den Rath der Stadt Lübeck und der Bürgerschaft a. 1669. aufgerichtet worden, in I. I. MOSERS Reichsstädtisches Handbuch *part. 2. cap. 29. n. 22. ibi verba p. m. 208.*

apud MEVIVM, STEINII Vorbericht von der Natur und Beschaffenheit des Lübschen Rechts §. 12. Itaque generatim recepto Iure romano apud Lubecenses, non mirum est, cur etiam in caussis intercessionum a conditoribus Iuris nostri indecisis, dispositiones illius iuris adtendantur, quatenus moribus germanicis conueniunt, qui stipulationes numquam agnouerunt (§. IV. & consequentiis, ex pacti & stipulationis differentia deductis, nullum vsum dederunt.

§. X.

Primum autem, quoniam in hac re quidquam praeterire in vitio ponimus, videndum est, qualis de *expromissione* sit iuris Lubecensis dispositio. At quoniam nulla huius rei fit mentio, nec quidquam decisum in illo accepimus, merito Iuris communis dispositio in foro inspicienda videtur, quae, prouti supra (§. VI.) dictum est, vult, vt, expromissione animo nouandi facta, delegans liberetur, & delegatus debitor seu expromissor solummodo maneat obligatus. Quare etiam expromittens, postquam eius obligatio in locum prioris cum omnibus suis qualitatibus & exceptionibus substituta est, beneficium excussionis contra creditorem non habet.

§. XI.

Videamus nunc, quid circa *fideiussionem* noui Iura Lubecensia teneant, & in quo Iuri romano consentiant. Pauca notabo capita ad illustrationem argumenti mei facientia. Ac primum quidem quod personas fideiubentes, inprimis autem *feminas* adtinet, antiqua quidem principia, (§. IV.) quae feminis facultatem bona sua alienandi denegant, quod sub

ſub perpetua tutela viuunt, ſtabilita ſunt *f)* nullam tamen fideiuſſionis pro aliis prohibitionem generalem, ſed reſtrictam valde legimus. Probat enim hoc quantitas duorum nummorum & dimidii, vltra quam nulla mulier absque tutore efficaciter fideiubere poteſt, niſi ſit mercatrix, *g)* vel ante certiorata fuerit de iuribus feminis competentibus, iisque renunciarit. *h)* Mulier mercatrix vero dicitur ſecundum mentem Iuris Lubecenſis vidua mercatoris, quae in audientia, conſentientibus tutoribus ſuis, vel proximis conſanguineis, ex certa ſcientia, eam

f) *Statut. Lubec. Lib. 1. tit. 10. art. 1.* Es mag keine Frau ihr Gut verkauffen noch verſetzen ohne ihrer Vormünder Vollwort, Wiſſen und Willen. *Lib. 3. tit. 10. art. 13.* Es kann keine Frau, ſie ſey denn eine Kauff-Frau, mehr kauffen, ohne ihres Mannes oder ihrer Vormünder Wiſſen, dann Leinewand und Flachs zu ihres Hauſes Nothdurfft.

g) *Lib. 1. tit. 10. art. 1.* So mag auch keine Frau höher Bürge werden, ohne Willen der Vormünder, dann vor drittehalb Pfenning, auſſerhalb derer, welche Kaufmannſchaft, Handel und Wandel treiben, was dieſelben geloben, das müſſen ſie gelten und bezahlen. Et rurſus *Lib. 1. tit. 5. art. 7.* dicitur: Es wäre dann, daß die Frau mitgelobet, welches doch dahin zu verſtehen, wenn ſie eine Kauff-Frau geweſen ꝛc.

h) Pertinent huc verba finalia *cit. art. 7. Lib. 5. tit. 1.* Es wäre dann, daß die Frau mit gelobet, welches doch dahin zu verſtehen, wenn ſie eine Kauff Frau geweſen, oder ihrer Fräulichen Gerechtigkeit erinnert und ſich derſelben verziehen, ſo muß ſie mit zahlen helffen. En! infelicem Iuris germanici & romani mixturam, quae quoad hunc articulum etiam in Ius Lubecenſe peruenit.

mercaturae gnaram optimeque rebus suis prospecturam a magistratu mercatrix publice declaratur, *i)* & deinde mercaturam vere exercet. *k)* Non tantum vero ea mulier mercatrix dicitur, quae tamquam vidua mercatoris sola quaestuariam exercet negotiationem, verum etiam, experientia teste, videtur talis, quae tamquam vxor mercatoris *l)* communiter & vna cum marito ex auctoritate magistratus negotiatur. *m)* Quamobrem tali casu vxor quasi societatis iure *n)* & tamquam correa debendi pro marito tenetur, nec poterit vti SCti Velleiani beneficio, etiamsi pro aliis intercesserit, ne bona fide contrahentes inique decipiantur. Attamen ne mercatoris viduae ex calliditate quadam, vt se subtraherent tutorum imperio,

i) Verba *Statutt. Lib. 2. tit. 1. art. 14.* de hac re sunt: Wäre sie aber eine Kauff-Frau und also vor dem Rathe gezeuget ꝛc.

k) *Lib. 3. tit 6. art. 21.* Eine Kauff-Frau, was sie kaufft, muß sie zahlen. Eine Kauff-Frau aber ist, welche aus- und einkaufft, offene Laden und Fenster hält, mit Gewicht, Wage, Maß und Ellen aus- und einwägt und misset.

l) Exempla vxorum mercatricum licet perpauca sint, inueniuntur tamen, quae adducit BALEMANN in praestantissima differt. inaug. *de femina ex antiquitatibus legibusque romanis germanicis & praesertim Lubecensibus Sect. 2. cap. 5. §. 9.*

m) Igitur non intelligitur communem negotiationem exercere, si mulier merces vendat e taberna & curam gerat rerum: (hoc enim iure domesticae societatis, quae semper est inter coniuges, agit) nisi in specie conuentio communem negotiationem ineundi inita & mulier publico decreto pro mercatrice confirmata sit.

n) Societatis enim ea est obligatio, vt socius pro socio obligetur *L. 52. D. pro socio.*

perio, declarationem mercatricis a magiſtratu flagitarent, ſancitum eſt a Lubecenſibus, mercatrices tantum in cauſſis commerciorum a tutela immunes eſſe, ac maſculorum iure gaudere; caeteroquin vero in omnibus quaeſtionibus ſexui imbecilliori aequiparari. *o)* Itaque indubitati iuris eſt, de cauſſis commerciorum tantum intelligenda eſſe ea, quibus Iure Lubecenſi mercatricibus, absque tutorum auctoritate valide contrahendi, atque aliis ſe obligandi facultas conceſſa eſt, qua de re nec reſtitutio in integrum v. c. ex capite non adhibiti curatoris, ipſis competit; cuius generis difficultates mercatura non admittit. Hactenus de feminis. Quod ad *obiectum* igitur ſeu obligationem, quam quis in fidem ſuam recipit, adtinet, Iure noſtro idem, quod Iure romano (§. IV.) ſancitum eſt, nullam a marito exigi poſſe fideiuſſionem conſtante matrimonio pro conſeruanda dote, niſi prodigalitas mariti adpareat, aut fuga vel inopia metuenda ſit. *p)* De fideiuſſionis autem

o) Expreſſe hoc innuunt verba des Obern Stadt-Buchs Ordnung in adpendice ſecunda Statutis Lubecenſibus adnexa: daß die declarationes der Kauff-Frauen, und die Macht die ihnen dadurch gegeben wird, nicht auf das Obere Stadt-Buch, ſondern allein auf ihren Kauff-Handel gemeinet ſey ꝛc.

p) Vid. *Statut. Lubecenſ. Lib. 1. tit. 5. art. 10.* Es darf niemand gegen ſeine Ehe-Frau, damit er unbeerbet, oder auch ihren Freunden ihren Brautſchatz verbürgen, es wäre denn, daß er ihr beyderſeits Gut unnützlich verſchwendete mit böſer Geſellſchafft, Doppelſpiel und anderer Unart und ſolches beweißlich wäre; dann auch, wann er um Schuld willen arreſtiret oder ſonſten flüchtig würde, und er ſeine Frau gerne mit ſich

autem *effectu* quum etiam agendum sit, suoboritur quaestio, an Iure Lubecensi fideiussor gaudeat ordinis beneficio? quod & olim (§. IV.) & hodie nonnullibi (§. VII.) fideiussori denegatur. SCHILTERVS, hanc quaestionem inquirens, negatiuam sententiam CAMERARII (sup. §. VII in fin) veriorem esse existimat, eamque ex verbis & mente articuli cuiusdam *q)* exigere studet hoc argumento. *Si excussionis exceptio*, inquit, *de hoc iure locum haberet, etiam damnum non a debitore, quippe qui soluendo non est, sed a fideiussore esset resarciendum; atqui posterius textus negat, igitur & prius.* Vid. SCHILT. *in Pr. I. R. Ex. 48. §. 23. 24.* Cuius auctoritate HEINECCIVS in *Elem. Iuris German. lib. 2 part. 1. §. 465.* apud Lubecenses cessare illud beneficium perhibet. Sed salua res est, modo verba articuli paullo curatius inspiciamus. Articulus autem nominatus ne vllo quidem verbo meminit ordinis beneficii, aut illud excludit, sed regulam ponit fideiussorem teneri ad solutionem. Quoniam igitur antea (§. IX.) iam dictum est, ea, quae statutis non continentur, ex Iure communi diiudicanda esse, atque constat, beneficia Iuris communis non nisi expressa legis parti-

sich nehmen wollte, auf diese Falle soll er der Frauen und den Freunden den Brautschatz zu verbürgen und sie ihm zu folgen schuldig seyn.

q) *Lib. 3. tit. 5. art. 1.* Wird einer zum Bürgen gesetzt, für Schuld, auf gewisse Zeit, der Bürge muß auf den Fall der Nichthaltung, die Schuld bezahlen: Für den Schaden aber darf er nicht antworten, sondern der Principal muß denselben gelten und richtig machen, es wäre dann ein anders ausdrücklich pacificirt und bedingt.

particularis dispositione tolli posse, nec id beneficium statutis nostris nominari, aut expresse sublatum esse, luculenter colligi posse arbitrantur, exceptionem ordinis secundum Ius Lubecense locum obtinere. Caeterum iis, qui contrariam sententiam praxi forensi adcommodatiorem putant, nihil derogatum cupimus. Confirmarunt autem Legislatores Lubecenses illud beneficium, quo pluribus fideiussoribus, apud eundem creditorem, pro eodem debitore & debito, eodemque modo datis, subuenitur legibus romanis, *r)* vt quilibet eorum non in totam summam teneatur, sed in viriles tantum portiones *s)* Id vero singulare est, quod sine cessione actionum contra confideiussores agere liceat *t)* Denique autem fideiussoris heredes statutario Iure nostro, aeque ac Iure romano (§. IV.) tenentur, etiam si nulla eorum facta fue-

r) Ipso iure quilibet in solidum tenetur, ope exceptionis autem epistola seu rescripto D. Hadriani tantum in viriles portiones *§. 4. I. de fideiussoribus L. 26. 27. 51. D. eod.*

s) Statut. Lubecens. Lib. 3. tit. 5. art. 2. So zweene, drey oder mehr, in gemein Bürge würden, für einen, auf eine Summe Geldes und solch Geld auf die bestimmte Zeit nicht ankommen würde, so müssen die Bürgen sammtlich, ein jeder seine *Quotam* zahlen.

t) Vid. *cit. art. 2. tit. 5. Lib. 3.* Würden sie aber ein für alle gelobet haben, so mag der Creditor alle Bürgen, oder aber einen unter ihnen, welchen er will um die Bezahlung ansprechen, und, da er alsdann nicht bezahlt würde, von den andern, oder so etliche davon verstorben, von derselben Erben, solches fordern, bis zu der ganzen Bezahlung, deß haben sie doch ihren *Regreß* von den andern Mitgelobern, oder derselben Erben, solches wiederum zu fordern.

fuerit mentio. *u)* Reliqua, quae ſtatutis noſtris, circa fideiuſſionem ſancita ſunt, percenſere, ſtudio omittimus, quoniam ad futuram quaeſtionem minus facere videntur.

§. XII.

Videamus nunc, qualis ſit ſtatutorum Lubecenſium de *mandato cum interceſſione*, ſeu *qualificato* Iuris communis diſpoſitio? Cuius negotii nomen, quia non legitur in ſtatutis, nec Ius romanum apud Lubecenſes abrogatum eſt, (§. IX.) adfirmamus intrepide, Ius romanum etiam hodie apud nos conſtituere regulam in cauſſis mandati qualificati. Attamen adparebit ſtatim, mandatum conſilii, cuius tractatio futura eſt, in effectu idem eſſe ac illud, quod Iure communi mandatum qualificatum appellatur; licet quoad modum intercedendi valde differant.

§. XIII.

Vt autem haec de *mandato conſilii* diſputatio rite ſuſcipiatur, placet antea de theoria generali *articuli vnici tit. 10. Lib. 3.* eiusque aetate praefari nonnulla, quae ſequentia ſpecialiora non parum illuſtrabunt. Verba articuli noſtri haec ſunt: **Will jemand einem Frembden ſein Gut nicht verkauffen und ein ander ſtehet dabey und ſaget: Ihr möget es ihm wol vertrauen, die Bezahlung wird euch wol; wird der Verkäuffer von dem Käuffer nicht bezahlt, ſo muß derjenige zahlen, welcher den Fremden loben thät, dadurch der Verkäuffer verführet worden.** In latino exem-

u) Patet id ex memorati articuli verbis: oder ſo etliche davon verſtorben, von derſelben Erben ꝛc.

exemplari ſtatutorum verba concepta ſunt ita: *ſi quis ei, qui peregrino merces ſuas venditurus non erat, dixerit; emptori fidem ſecure haberi, ſolutionemque ſubſecuturam; quum non ſoluitur ab emptore pretium, qui peregrinum commendauit, vt inde venditor induceretur, ad ſoluendum tenetur.* Perluſtranti mihi ſyſtematicam IOACHIMI KOLLII collectionem ſtatutorum Lubecenſium ex variis manuſcriptis exemplaribus deſumtorum, quae ſub titulo edita eſt: Ioach KOLLII Rechtbuch, darinne die Artickeln, die man Lübiſch Recht nennet 1586. vt aetatem articuli eruerem, exiſtimabam, poſtquam eius collectioni hunc articulum non inſertum deprehendebam, eumdem ante nouiſſimam Iuris Lubecenſis reuiſionem a. 1582. ſusceptam & a. 1586. publica auctoritate, germanico & latino idiomate impreſſam, vel non exſtitiſſe, vel in vigore non fuiſſe. Attamen haec opinio me magnopere fefellit. Nam hic articulus iam exſtat in antiquiſſimo Iuris Lubecenſis codice vernaculo, in membranis exarato *x)* a. 1240. qui etiam nunc adſeruatur in Cancellaria ciuitatis Lubecenſis & inſcribitur articulus, qui in ordine ibi eſt art. 229. *y)* van Lüden de verkopet unde kopet. Verba autem ſunt: So wor en Man

wat

x) Quem ex codice membranaceo edidit B. DE WESTPHALEN in *Monum. ined. rerum germanic. praecipue Cimbric. & Megapol. Tom. III: p. 667.*

y) Receptionem veterum diſpoſitionum Iuris Lubecenſis in nouiſſimam eius reuiſionem, egregie pro more illuſtrat Reipublicae noſtrae Syndicus & Reuerendi Capituli Praepoſitus Iohannes Carolus Henr. DREYER in diſſ. *de formula receptionis Iuris Lubecenſis eiusque indole forenſi in ciuitatibus Holſatiae pag. 28. ſeqq.*

wat cóft und de ghene det verceft sprecket, hir ne hebbe juwer nene Kunde, unde is dhar en ander bi, de sprecke, ghi móghent eme wol don, dat Ghelt wert ju wol, der ghene mut dorvore antworden, de alsdûs gesprocken heft, et wert ju wol, jof men eme dor Schuld umme gift vor Gherichte. Quoniam igitur & antiqui & hodierni codicis dispositio quoad rem ipsam in omnibus conuenit, manifesto constare videtur, illam ex obsoleta lingua solummodo translatam fuisse in hodiernam a Iuris Lubecensis reuisoribus. Alterum, quod proposuimus, est, quo explicatur articuli nostri thema. Illud autem ex ipsis legis verbis adparet. Etenim ea satis superque indicant, ex simplici & generali laudatione, & adfirmatione aliquem soluendo esse; ideoque, quod hoc respectu idem est, ex nudo consilio, effectum intercessionis ad indemnitatem oriri. Quamobrem probare non possumus sententiam HERINGII, qui de dolosa quadam commendatione hunc articulum intelligi non obscure innuit. z) Nec vero MEVIUS in *Comm.* *in*

z) Vid. Eius saepe dict. *Tract. de fideiussoribus cap. 18. n. 12. sqq. Ac longe quidem*, inquit, *maior oboritur commendanti & depraedicanti difficultas, si probetur illum notitiam habuisse, quo in cardine tum temporis, quum quaereretur, res commendati, (alias ipsi satis noti) versarentur, vel pro commendatione lucellum aliquod eum accepisse, vt in specie consideret. Vix enim est, vt doli mali suspicionem non incurrat. Atque illud ipsum nominatim statutum est Iure Lubecensi Lib. 3. tit. 10.* Forsan autem HERINGIUS inductus est verbis articuli finalibus: dadurch der Verkäuffer verführet worden; sed ad id respondebimus infr. §. 16.

in I. Lub. Lib. 3. tit. 10. n.36. sq. rectius videtur sentire, si ad hanc indemnitatis obligationem nudam & generalem commendationem haut sufficere, sed speciali, qua fides impetretur, opus esse docet; nec alia verba aequipollentia loquentem obligari putat, quia verba statuti de ea non loquantur. Qua ratione autem verba consilii generaliora concipi poterunt, ipsis enunciatiuis huius articuli verbis: **Ihr möget es ihm wohl vertrauen!** Persuasionem vero, cuius vim iis inesse MEVIVS existimat, videmus nullam. Proferens enim haec verba nihil aliud agit, quam vt nude & simpliciter dicat quid sibi bonum videtur. Vnde vero voluntatem loquentis vt id praecise fiat ex his verbis elicies? Liberumne est accipienti an consilium sequi velit, nec ne? Praeterea etiam verba legis enunciatiua: **Ihr möget es ihm wohl vertrauen, die Zahlung wird euch wohl,** ideo videntur inserta, vt adpareat, ex eiusmodi verbis generalibus loquentem teneri ad indemnitatem. *a)* Itaque missis aliorum opinionibus, ne longiores simus, & futura praeoccupemus, mandatum consilii Lubecense nihil aliud est quam nudum consilium ratione modi, quoad effectum vero, intercessio, & speciatim quoddam mandatum cum intercessione, seu qualificatum, quoniam obligatio alterius nondum contracta, sed mox contrahenda suscipitur. Ex quo intelligitur, quid sit id, de quo disputetur. Itaque *de consilio, quod vi singularis dispositionis Iuris Lubecensis effectum intercessionis speciatim mandati quali-*

a) Conf. STEINIVS in der Abhandlung des Lübschen Rechts, III. Theil, §. 216.

qualificati producit, agendum erit; adeoque de intercessionis quadam specie ex Iure particulari germanico Lubecensi, quod a Iuri communi & romano & germanico recedit. Sed quoniam omnia persequimur, (volumus certe,) dicendum est etiam, *cur Iuris Lubecensis compilatores eiusmodi consilium insigniuerint nomine mandati consilii*, quum tamen verba haec denotant res e diametro contrarias, ideoque secundum vsum loquendi inter se pugnare videantur. Vt autem illud, quod in hac re verisimilius videtur, sequamur, nulli dubitamus, statutorum conditores mandatum qualificatum Iuris communis ante oculos habuisse. Quoniam igitur illi ipsi dispositionem condere voluerunt eam, vt in casu articuli nostri eadem obligatio oriatur ex consilio, quae secundum ius commune ex mandato qualificato, quis est, qui amplius miratur, cur mandatum consilii sit dictum? Atque etiam hanc coniecturam a vero non procul abesse probant verba rubricae tituli nostri: vom Befehl, welcher rathsweise geschicht; quae latinis verbis exprimi possent: de mandato qualificato, quod per modum consilii contrahitur. Hactenus de mandato consilii generatim. Specialiorem autem nunc commentationem adgressurus, in subiecto, obiecto, modo, & effectu versabor.

§. XIV.

Primum igitur specialius disquirendum est de personis, quae ex mandato consilii obligari possunt. Quemadmodum autem *naturaliter* illi omnes, qui rationis vsu destituuntur, consilium dare impediuntur in totum, atque pro parte, seu in certis caussis

ii,

ii, qui nullam rei, de qua consilium exspectatur, notitiam habent; quoniam, vt supra (§. II.) diximus, consilium est declaratio alterius, quid ipsi bonum videtur, quam praecedit consultatio, quae est actus intellectus, quo res plures considerantur & inter se conferuntur, ac tandem e multis antea inter se collatis vnum tamquam vtilissimum suggeritur: ita *ciuiliter* ex mandato consilii obligari nequeunt, qui contrahendi facultate ex legum dispositione non gaudent. Huiusmodi autem personae, quum Iure Lubecensi etiam feminae sint, placet inquirere, quatenus eae obligari possunt ex consilio dato. Ad hanc quaestionem quid respondendum sit, ex iis, quae antea diximus, in promtu est. Nam vidimus (§. VIII.) mandatum qualificatum hodie in effectu non diuersum esse a fideiussione. Igitur eadem, quae de fideiussione, ad mandatum qualificatum extendi debent. Atque etiam, quoniam Iure communi romano & germanico feminis interdicta est omnis generis intercessio, mandatum qualificatum eas efficaciter dare non posse, manifesto sequitur. Quamobrem, quum feminis Lubecensibus fideiubendi facultas restricta sit, ad mandatum qualificatum, adeoque ad mandatum consilii, quod secundum praecedentem (§. XIII.) species est mandati qualificati, porrigenda sunt ea, quae superius (§. XI.) de fideiussionibus mulierum ex statutis nostris demonstrauimus. Quocirca femina, quae nullam mercaturam ex publica auctoritate facit, consilium dare sine consensu curatoris impeditur vltra valorem duorum nummorum & dimidii, *b)* cum consensu autem illius vltra hanc

 quan-

b) Repete hoc loco, quae supra §. XI. ibique lit. e. sunt dicta.

quantitatem consilium valide praebere posse & obligari, nullibi adest dispositio prohibitiua. At vero mulierem mercatricem *c)* omnino posse consilium praebere ad effectum intercessionis, prout masculos, sed tantum in caussis commerciorum, *d)* tam ex his ipsis, quam ex supra allatis patet. Sed alia quaestio, an quilibet ciuis Lubecensis, cuiuscumque sit conditionis, ex consilio obligetur tamquam intercedens? discutienda suboritur. Quam quaestionem si quis collatis articuli verbis diiudicare velit, is sine dubio ex principiis generalibus adfirmatiuam sententiam propugnabit, quia in statutis & qualibet stricta materia, verba, prout sonant, intelligenda sunt, nec nos dicere aut restringere debemus, quae statuta nominatim non dicunt aut restringunt. Conf. *L. 64. ʃ. 9. sol. matr. dos quemad. pet. L. 71. de adquir. vel omitt. hered. L. 12. D. qui & a quib. manum. lib. non fiant. L. 21. C. de probat.* SIGISMVNDVS FINCKELTHAVSIVS in *Obseru. pract. obs. 16. n. 8. 9.* vero dispositionem articuli nostri restringit ad mercatores, in quibus fides requiratur exuberantissima. *e)* Quodsi autem vera esset eius limitatio, ratio tamen, quia in mercatoribus abundare debeat fides, non satis exquisita habetur. Nam quid aliud deno-

c) Qualis ea sit optime definiunt statuta nostra in locis supra §. XI. lit. k. & l. expressis.

d) Vid. quae supr. not. §. XI. ibique lit. n).

e) Ex eadem ratione multi ICti caussam obligationis ex contractu aut commendatione deducunt, v. c. HERING. p. I. c. 27. n. 282. Ben. CARPZOV. in Vol. disput. hist. polit. iurid. Dec. 3. pos. 4. n. 20. & in Proc. iur. in for. Sax. tit. 21. art. 2. n. 19.

denotat illa ratio, quam si diceres, mercatores debere magis honestos esse quam alios? Verior autem ratio, cur obligent mercatorum commendationes, licet generales sint, videtur ea, quia hae moribus omnium fere locorum, & generali & vnanimi consensu habentur qualificatae, & supponunt intercessionem ob fidem commodumque publicum, quod redundat ex mercatura. Praestructis igitur illis principiis conformis erit conclusio, ex consilio nudo & generali non tantum obligari mercatores, sed etiam omnes cuiuscumque sint conditionis, quod articuli verba generalis: **und ein ander stehet dabey,** extra omnem dubitationis aleam ponere intrepide contendimus.

§. XV.

Veniamus nunc, vt propositum est, ad *consilii obiectum*, quod circa negotium versari videtur, de quo non satis constat, an & quomodo expediendum sit. Quum autem tanta sit eorum multitudo, vt fere nullum excogitari possit, circa quod non possit consilium dari; probe circumspiciendum est, quae negotia verbis & rationi *articuli* conueniant. Hac in re autem praecipue in quaestionem venit, an verba articuli: **Will jemand einem Fremden sein Gut nicht verkauffen**, intelligenda sint de generali alienatione, vt adeo dispositio iuris nostri non tantum in venditionibus, sed etiam in aliis contractibus adtendatur. Non ita videtur *f*). Nam monstrauimus paullo ante, verba legis prout sonant accipienda esse, nec quidquam debere extendi in statutis, quia sunt stricti iuris. Vid. *LL. nom. ff. XIV.*

f) STEINIVS autem dispositionem tituli ad omnes contractus extendere videtur in der Abhandlung des Lübschen Rechts III. Th. §. 215. 216.

XIV. lit. g). conf. GAILL. *practic. obseruat.* Lib. 2. obs. 33. Quamobrem eiusmodi consilium tum demum mandati qualificati effectum producit, si concurrit ad emtionis venditionis contractum; in aliis vero contractibus v. c. locatione, societate, mutuo, si quid factum est ex consilio tali, quod proponit articulus noster, nullam indemnitatem praestari colligitur. Nam satis euicimus dispositionem tituli nostri, qua Ius maxime singulare, contra tenorem Iuris communis generalis, statuitur, nisi iniuria, extendi non posse ad casus, seu contractus, lege non expressos. Quae quum ita sint, dicendum est etiám, quid existimemus, si quaeratur, an in quolibet emtionis venditionis contractu procedat tituli nostri dispositio, an eo solummodo casu, si emtor sit peregrinus, quum articulus loquatur de peregrino einem Fremden. Peregrinus autem hoc loco non videtur is, qui extra prouinciam degit; sed tertius quidam homo ignotus seu talis, cuius conditionem qualitatemque ignorat venditor, eamque ob caussam non sibimet constat an fidem ei tribuat. Quocirca dispositio tituli nostri admittenda est in omnibus venditionibus, siue emtor sit ciuis Lubecensis, siue peregrinus, modo qualitatem eius & conditionem venditor nesciat. Quodsi autem aliter comparatum sciuit, ac commendans dixit, frustra ab eo damna petit, qui suam magis scientiam, quam alienam laudem, quam falsam sciuit, sequi debuisset. Ex fide enim sua ipsius, non aliena, egisse videtur, atque eum idoneum esse comprobauit, quem admisit. *L. 10. §. 1. qui satisd. cog. L. 3. §. 3. vti in possess. legat. vel fideicommiss. seruand. caussa esse liceat. L. 3. D. de fideiussor.* Haec autem disputatio, an obligatio ex mandato consilii tunc cesset,

si

si accipiens facili negotio veritatem rescifcere potuerit, incassum redit, quia iuxta articulum nihilominus commendatio omissioni indagationis, & contractui caussam dedit. Vid. MEVII *Comment. in ius Lubecense L. 3. tit. 10. n. 34. 35.*

§. XVI.

Sequitur iam ex instituti ratione ea pars disputationis, qua circa modum intercedendi differentia Iuris Lubecensis a Iure communi ostenditur. Magnopere autem hoc loco Ius Lubecense deuiat a Iure communi, quod ex huiusmodi generalibus & indeterminatis locutionibus veram intercessionem oriri negat *g*). Nam Iure communi nuda nec commendatio nec consilium, quamuis hoc speciale, & ad certum negotium directum sit *h*), ad indemnitatem obligat *i*); sed qualificatum esse

g) Nam qui verbis impersonalibus v. c. *satisfiet tibi*, vtitur, ab omni exactione liber est, tanquam si nihil promiserit *Nou. 115. cap. 6.* nisi ex circumstantiis adpareat promissorem se locutum esse. arg. *L. 125. D. de V. S.* LEYSER *Spec. 152. med. 5.*

h) Inter limitationes regulae, quod consilium neminem obliget, hanc quoque ponunt communiter, si sit speciale, eamque ex *L. 13. C. quod cum eo qui in aliena potest.* deducunt. Sed contrarium cum LEYSERO mihi videtur ex *L. 7. §. 10. D. de dolo malo* adparere, vbi contra eum, qui idoneum, cui crederetur, adfirmarat, actio denegatur. Nec obstat memorata *L. vlt. C.* Ea enim de casu singulari, quo dominus seruum procuratorem specialiter mutui, aliusue contractus caussa commendat, agit. Is sine dubio ex mandato obligatur, quum animum se obligandi satis declaret. At qui extraneum sic commendat, nec mandat, nec obligare se vult. Igitur fundamentum omne obligationis deficit. LEYSER *Spec. 152. med. 2.*

i) Consilii enim natura est, vt quamuis excitet ad delibe-

 randum,

esse debet, ita vt vel fraudulentia quaedam accesserit, *k*) vel aliqualis consiliarii aut commendatoris suscepta fuerit obligatio, vid. MEVIVS *P. 8. dec. 120. n. 4.* LYNCKER *diss. de commendatione speciali cap. 2. th. 14 sq.* vel imperitia eius, qui peritiam suam pro certa quasi mercede locauerit, aut honorarium eius intuitu acceperit, *l*) vel & mandatum intercesserit.

randum, non tamen obliget ad sequendum *L. 77. §. 24. D. de legat. 2.* Videantur etiam leges passim notatae *§. 6. I. L. 2. §. 6. L. 12. §. 12. D. mandati L. 47. D. de R. I. cap. 26. de R. I. in 6to.*

k) Nimirum si consilium fraudulentum tendit ad contractum, & exinde accipiens laesus fuerit, tale consilium dans laeso tenetur ad interesse, omneque damnum resarciendum; & quidem actione ex contractu, si dans ipse cum laeso contraxerit & dolus in contractum inciderit, v. c. si quis dolo suaserit hereditatem tamquam minimam, pretio minimo vendi & ipsemet eamdem postea emerit *L. 13. §. 5. D. de action. emti & vend. L. 9. pr. D. de dolo malo L. 4. C. de hered. & act. vendita*; si vero ipse non contraxerit, nulla actio laeso competit ad interesse consequendum; contra dolosum consultorem datur famosa *actio de dolo. L. 47. D. de R. I.* L. *18. pr. & §. 4. D. de dolo malo,* ad omne interesse; e. g. si quis laedendi animo consilium dederit alteri, vt pecuniam credat tertio, quem sciuit non idoneum esse. arg. L. *8. D. de dolo malo.* conf. W. A. LAVTERBACH *diss. de consiliis eorumque iure part. 2. cap. 1. th. 8.*

l) Igitur talis consultor non tantum ex contractu locationis conductionis, in quem cadit consilium & mandatum §. *13. I.* L. *1. §. 4. mandat.* videtur teneri; sed etiam ex culpa, quam admisit, qui artem profitetur & peritum se ipsius adfirmauit. Imperitia enim culpae adnumeratur L. *132. D. de R. I.* Atque etiam ratio L. 2. §. *6. D. mandati* proposita: *quod non explorauerit,*

rit m). Qui ergo expressis verbis consilii periculum recipit, sane declarat se mandandi magis, quam consilium dandi animo accessisse, atque indemnitatem praestiturum. At vero obligationem ex consilii natura nasci nullam, nisi ex concurrente vel dilecto, vel culpa, vel adiuncta quadam securitatis promissione, quis est, qui non intelligat? Quamobrem inutilis videtur ea limitatio, quam alii superioribus addunt, n) si accipiens aliter non fuisset negotium initurus. Nam ratio regulae, vt cuique liberum sit apud se explorare, an consilium sibi

Aaa 5 ex-

rauerit, *an consilium sibi expediat*, cessat, quum artis illius imperitus sit, cuius peritia ad caussae cognitionem est necessaria. Quapropter nulla culpa imputari potest accipienti, sed ea vnice residet apud eum, qui artem profitetur, & adfirmat se scire tamquam artificem, & postea ignorantia sua peccat, ideoque merito ad damnum resarciendum tenetur aeque ac si ipse damnum dedisset arg. L. *9*. §. *5*. *D. loc. cond*. L. *2*. *D. quod quisque iur. in alter. statuer.* conf. KORMATIS *de iure consiliorum & conclusionibus iuris ad capitulationem Iosephi I. commentatio cap. 10. th. 67.* LAVTERBACH. *cit. diss. p. 2. c. 1. th. 6.* MÜLLER ad STRVVII *Syntag. iur. ciuil. Ex. 22. th. 8. lit. ξ*). LEYSER *Spec. 154. med. 12.*

m) Vid. ab ENGELBRECHT *Obseruationum select. forens. Spec. 2. Obs. 54.*

n) v. c. tantum nomino STRVVIUM *in Syntag. iur. ciuil. Ex. 22. th. 8.* de COCCEII *in iure controuerso Lib. 17. tit. 1. qu. 8.* qui hanc limitationem requirunt ob L. *6*. §. *5*. *D.* & §. *6*. *I. mandati vel contra.* Verior autem nostra sententia videtur ob L. *1*. §. *14*. *D. depositi vel contra* L. *2*. §. *6*. *D. mandati vel contra*, nec obstant illae leges memoratae. Vid. GOTHOFREDVS *ad c.* L. *6*. §. *5*. MÜLLER *ad Struv. Ex. 22. th. 8. lit. λ. not. 11.* LAVTERBACH *Colleg. Th. Pract. Lib. 17. tit. 1. §. 17.*

expediat, etiam hunc casum comprehendit. Accedit vero id, quod in iis legibus, quas dissentientes adducunt, mandandi animus praesupponatur o). Perspicuum igitur est consilii, non fraudulenti, nullam esse obligationem Iure communi, nec sufficere, laudationem iunxisse, commendasse alterum, vt ei pecunia crederetur, & pro scientia sua ac credulitate adseruisse alteri sufficere bona; sed requiri, vt, ad indemnitatem contra consultorem agens praeter probationem commendationis, fraudem quamdam, vel caeteras superius adductas qualitates probet. Longe faciliori ratione obligatio ex consilio Iure Lubecensi ducitur. Nam consilium, laudatio, adfirmatio generalis aliquem soluendo esse, consiliarium semper obligat ad indemnitatem, si creditor eius verbis inductus fuit, ad fidem ignoto emtori habendam. Itaque ad intercessionis validam obligationem Iure Lubecensi sufficit, vt quis generaliter tandum dicat, emtorem esse soluendo. Probant enim id ipsum verba articuli generalia, & indeterminata: Ihr möget ihm wohl vertrauen, das Geld wird euch wohl. Sed quum dicimus consultorem obligari ex verbis eiusmodi generalibus, si venditor alias non venditurus fuisset, adeoque, quod idem est, si consilium caussa impulsiua contractus fuerit, prout titulo nostro exprimitur: Will jemand einem Fremden sein Gut nicht verkauffen & in fine dadurch der Verkäuffer verführet worden; eruendum erit, quo sensu accipienda sint articuli verba finalia? Forsan autem ex iis

o) Iustum igitur est, vt in hisce negotiis distinguendis contrahentium magis voluntas, quam verborum conceptio inspiciatur. arg. L. 9. C. *quae res pignori obligari possunt.* L. 10. §. 7. D. *mandati.*

iis colligeret quis auctoritate HERINGII *p*), & KORMATIS *q*) ex doloso tantum consilio intercessionis effectus oriri. Sed falso. Nam si dolosus consultor tantum obstringeretur iuxta statutum, certe dispositionem condidissent Lubecenses, quae iam Iuris communis esset generalis, quod creditu non est dignum. Accedit etiam, quod sub initio tituli, quo verba consilii obligatoria proponuntur, nihil memoratur de dolo, quo circa finalia verba de doloso consilio nulla ratione solida intelligi queunt. Maxime autem ad hanc rem facere videtur, quod voces: verführen, verführet werden, vernacula lingua nostra non semper malo sensu accipiendae sint, atque denotent, *τὸ decipere aut dolo alterius decipi;* sed frequentissime significent *per aliquem*, siue *per aliquid determinari r*). Itaque ex tituli nostri verbis finalibus perspicuum est, consiliarium, cuius laudatione venditor fuerit commotus ad fidem ignoto emtori habendam, damnum resarcire teneri. Atque, quum, vt antea exposui, venditorem consultoris verbis determinatum fuisse requiratur, facile colligitur emtionis venditionis contractum consilium praecedere, ob verba tituli: Will jemand einem Fremden sein Gut nicht verkauffen, quo vim mandati iure Lubecensi accipiat. Quod si ergo consilium, aut

p) De quo supra §. XIII. diximus.

q) In *comment. de iure consil. cap. 10. th. 36.* ibi ait: Lubecenses eundem casum statutis suis inseruisse, quem Decis. Elect. Saxonica 42. de dolosa commendatione proponit.

r) Quo sensu saepissime nos vti voce verführen nemo nescit. Ita enim dicitur v. c. daß ihm ein Freund oder das schöne Wetter zu einem weitläuftigen Spatziergange verführet habe.

aut commendatio caussa contractus impulsiua non fuerit, aut contractui iam perfecto accesserit, aut quis alterum laudauerit ignorans, quod alius adstans de venditione cum ipso ineunda deliberet, illeque, audita laudatione, cum eo contrahat, nullum contra laudantem agendi ius habet, etiamsi suum ab emtore consequi nequeat. Vid. MEVIUS in *comment. in ius Lubec. n 31. sqq.* & STEIN **Abhandlung des Lübschen Rechts** III. **Th** §. 216. *not.* ***). Eiusmodi enim laudatio, aliquem soluendo, aut diuitem esse, omnibus numeris consilio haut conuenit, cui vis mandati tribuitur; quia consultor ignorat venditionem, cuius scientiam tamen ius nostrum requirit, verbis: **Und ein ander stehet dabey und saget.** Ex iisdem vero articuli verbis id quoque perspicitur, Iuris Lubecensis conditores tum demum intercessionis effectum ex consilio oriri voluisse, si consultor sua sponte, & inconsultus dederit consilium. Et quamuis illud iniquum existimetur, quia consilium gratuitum & spontaneum ex amicitia & humanitatis officio trahit originem, quod nemini damnosum esse debet, quum de futuro satis callidus & prudens nemo sit; tamen non adeo durum videtur, quia etiam Iure communi sponte se offerens ad negotium aliquod omne damnum praestare tenetur. arg. *L. 1. ff. 35. D. depositi vel contra.* At vero, si quis a venditore interrogatus de conditione emtoris extollat fraudulenter, nec obligationem in se suscipiat, non adparet, cur consiliarius de infelici euentu teneatur Iure nostro, quod hunc casum non proponit. Quapropter, vt saepe notauimus, inspiciendum erit Ius commune, si vlterius inquirere volumus, quatenus interrogatus consultor teneatur. Videtur autem distin-

ſtinguendum eſſe, an quis gratis, an interueniente pretio conſilium dixerit; priori caſu dolum praeſtare, poſteriori ad leuiſſimam culpam tenetur. Ex quibus omnibus, quae de modo contrahendi mandati conſilii tradidimus, commode intelligitur, hanc Iuris Lubecenſis diſpoſitionem de conſilio obſtringere eum, qui verbis generalibus, & ſponte ſua, emtorem, creditori ignotum, laudat, cum quo venditor non contraxiſſet, vel fidem de pretio habuiſſet, niſi feciſſet conſilio ſuo, vt emtori crederetur. Sed haec hactenus.

§. XVII.

Reſtat igitur, ea pars, qua de mandati conſilii *effectu* agitur. Eſt autem hic ſimplicis interceſſionis & ſpeciatim mandati qualificati Iuris communis effectui in totum ſimilis, ita vt conſiliarius praeſtare debeat ſolutionem, ſi debitor principalis non ſoluat. Sic enim leguntur verba tituli noſtri: **Wird der Verkäuffer von dem Käuffer nicht bezahlet, ſo muß derjenige zahlen, welcher den Fremden loben thät.** Itaque, quum mandatum conſilii contineatur interceſſione minus principali ſeu ſubſidiaria, & debitor maneat obligatus, conſiliarium tamquam minus principaliter, ſeu acceſſorie obligatum, ante excuſſionem principalis debitoris conueniri non poſſe, ſed exceptione ordinis ſeu excuſſionis tutum eſſe, nemo non videt. Huiusmodi enim conſiliariis & commendatoribus, qui quoad effectum fideiuſſoribus comparantur, non deneganda ſunt illa beneficia iuris, quae alias interceſſoribus competunt. Iure autem communi & particulari noſtro (§. XI.) omnibus interceſſoribus ſuccurritur hoc beneficio, ergo etiam illis, qui pro commendatis fidem interpoſuiſſe habentur. His praeſtructis, quibus conſultoris inter

terceffionem fubfidiariam euicimus, facile patet obligatio contrahentium, & perfonae concurrentis feu confiliarii. Contrahentium autem nomine duplex perfona titulo noftro continetur, quarum altera venditor eft, & rem tradit; altera eam emit atque pro hac pretium foluere tenetur. Ac *venditoris* quidem obligatio eft, vt primum emtor ab eo conueniatur eiusque in facultates inquiratur: tum demum vero, quando emtor non foluit, aut eum non foluendo effe videt, confiliarius conueniri poteft efficaciter, vt nulla exceptio adtendatur. Attamen, fi plures eumdem ignotum commendarunt, & fidem pro hoc fimul interpofuerunt, nec beneficium diuifionis iis denegandum effe ex analogia iuris noftri (§. XI.) videtur. Effectus autem *debitoris* feu *emtoris* obligationis in promtu eft, quum in nexu obligationis cum creditore maneat. Is igitur, quamuis interceſſerit mandatum confilii, quod tantum fubfidiariam interceffionem inuoluit, tamen creditori tenetur ad folutionem. At vero, fi non foluat, & venditor folutionem a confultore acceperit, huic viciffim indemnitatem, ficuti Iure communi debitor principalis mandatario qualificato, praeftare tenetur. Ex his omnibus haut difficile putamus exquirere, quaenam fit obligatio *confiliarii*, feu perfonae ad venditionem confilio concurrentis? Generaliter enim tamquam intercedens fubfidiarius eft obligatus; fpeciatim tamquam mandatarius qualificatus. Nam fi emtor tamquam debitor principalis non foluat, confiliarius tenetur ex fideiuffione fubfidiaria. Attamen foluenti confultori patet contra reum principalem regreffus; adeoque beneficium cedendarum actionum, quo fideiuffor non folum, aduerfus principalem debitorem, *L. 4. pr. D. de fideiuſſ.*

fideiuss. & mandat. L. 2. C. *eod.* verum etiam aduersus confideiussores *L. 17. 36. 39. 41. D. de fideiuss. & mandat. L. 11. 14. 21. C. eod.* ad partes viriles petendas vtitur Iure communi, illi largiendum esse arbitramur. Sed quum iurisprudentia Lubecensis, sine cessione actionum concedens regressum contra confideiussores (§. XI.), praeoccupet hanc cessionum necessitatem & expeditionem; etiam consultori citra cessionem competere regressum tam contra debitorem principalem, quam contra eos, qui simul in solidum consilio accesserint contractui, haut immerito contendimus. Sit iam huius rei finis. Perspicuum enim est, quod euincere instituimus, maximam adfinitatem cum tacita indemnitatis fideiussione habere commendationem & laudationem verbis consilii conceptam. Nam vidimus, etsi commendatio & consilium regulariter non inuoluat fideiussionem, nec inducat mandatum, Iure Lubecensi tamen introductum esse, vt eiusmodi commendationes ac laudationes obligationem producant, tacitamque indemnitatis fideiussionem inuoluant.

§. XVIII.

Superest vt *remedia* allegemus, quibus personae ad mandatum consilii spectantes obligationem exigere, & in iudicio persequi possint. Curatius vero in hoc capite procedere iudicamus, si venditoris & consiliarii ius agendi singulatim inspiciamus. Emtori autem, tamquam debitori principali, quum nullum ius agendi competat, quoniam res iam tradita est, cuius pretii solutionem venditor petit, sequitur nullam actionem intuitu mandati consilii ei concedendam esse. Venditor aduersus emtorem, qui qua debitor principalis in nexu obligationis manet, (§. XVII.), actione venditi ad pretium

tium agit & ad omne id, quod ipsi ex contractu venditionis praestandum est. Dein autem, in casu non praestitae ab emtore solutionis, contra consiliarium seu intercedentem actionem instituit, quam Romani actionem ex stipulatu dicunt. Sed quoniam, vt supra (§. IV.) euicimus, sine vlla stipulatione valide contrahitur fideiussio ita, vt nos non indigeamus hoc actionis nomine; atque constat, moribus nostris non conuenire, vt actionibus nomen specificum adtribuamus; adparet, cur hac denominatione Iuris romani in praxi non vtamur. Creditor autem illud idem intendit, quod Romanus actione ex stipulatu persequi studet. Nam agit contra consiliarium, vt tamquam intercedens soluat. Si quis autem hanc actionem nomine speciali insignire efflagitet, eam, quum illud ius agendi ex Iure singulari & particulari Lubecensi oriatur, nominaremus *condictionem ex statuto*, ad exemplum condictionis ex lege Iuris romani. Iam igitur de consiliario pauca addamus. Quemadmodum fideiussori variis remediis prospectum est ad recipiendum id quod dedit aut sustinuit, ita consiliarius, postquam ex mandato consilii est compulsus, & vere soluit, regressum habet contra emtorem tamquam debitorem principalem, vt indemnitatem praestet, si postea facultates aliquas adquirit. Itaque vti potest actione a creditore cessa, adeoque in hoc casu *actione venditi cessa* contra reum principalem.

§. XIX.

Quum pateat igitur ex hactenus dictis, non tantam consiliariis tribuendam esse auctoritatem, quia non omnes ex bona fide loquuntur, nec quemquam ad contractum consilio aut laudatione accedere debere, quia obli-

obligationem inuoluunt; quaerendum erit hoc loco maxime, quomodo & creditor & consiliarius sibi prouidere possint? Affari autem eas personas mihi liceat: *Curate cautius negotiari, ne in damnum incidatis. s)*. In quo monito pro vtraque persona generalis regula contineri videtur, vt quilibet ante constituat animo, quid accidere possit in vtramque partem, nec temere quidquam agat aut committat, vt aliquando dicendum sit: non *putaram*. Sed quoniam duae personae sunt, quarum altera negotium contrahit, altera ad illud consilio concurrit, in primis constituendum est singulatim, quid vnicuique in hac re sit officii. Ac primo quidem creditoris seu venditoris officium est, vt antea bene exploret, an consilium sibi expediat, & an alter contrahens fide dignus sit, *t)* quum nostrum etiam Statutum caeteroquin alibi vetus illud tritumque sermone prouerbium: *fide, sed cui, vide*, ciuibus suis commendet *u)*. Atque etiam, vt rixae euitentur & lites, creditor agit prudenter, si verbis impersonalibus consilii, & indeterminatis, (quibus nostrum mandatum consilii

s) Vid. *L. 2. C. de furtis et seruo corrupto.* Quo monito Impp. SEVERVS & ANTONINVS contrahentibus commendare voluerunt, prouida circumspectione gerenda esse omnia.

t) Cui enim credendum quisque sibi cauere debet, nec ignarus conditionis, cum quo contrahimus. *L. 19. D. de R. I.*

u) Statutorum Lubecensium *Lib. 3. tit. 2. art. 2 in princ.* his verbis: Ein jeglicher sehe wohl zu, wem er das Seine ausleihe und vertraue; & in fine adiicitur ratio: Denn da jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wiederum suchen.

filii continetur (§.XVI.) non confidat simpliciter, atque in iis subsistat *w)*, sed intercessionem specificam & determinatam desideret, seu potius in mandatum qualificatum Juris communis vertat. Hoc autem fieri potest, si consilium accipiens adsecurationem petat a consulente, se non aliter, quam ex fide consilii id facturum: Er wolle es auf seinen Rath, Wort oder Gefahr thun conf STRYCK de *Cautelis contract. sect. 2. cap. 11. §. 18.* Nam si consulens ad hanc conditionem taceat & admittat negotii executionem, non solum consilii euentum & omne accipiens factum adprobasse, verum etiam periculum, damnum, interesse in se suscepisse recte praesumitur. Nec minus sibi prospiciet venditor, si consiliarium interroget, num de solutione velit teneri; Wollen Sie für die Bezahlung stehen? Tum enim ex responsione data adparebit quid agendum sibi sit, & an consiliarius aut commendator se obligat *x)*. Haec sunt quae a creditore obseruanda videatur necessaria, quando quispiam consulendo vel sponte, vel ad instantiam ad contractum eius accedit. Superflua vero & inutilia habentur, quando consilia ex officio aut interueniente pretio exi-

w) Quia non omnes ex bona fide loquuntur aut elogia scribunt, VT MARCIANVS ait *l. 6. pr. D. de custodia & exhibitione reorum.* Cauendum igitur, ne adsentatoribus patefaciamus aures, nec adulari nos sinamus, in quo falli facile est.

x) Nec obstat impersonalis responsio. Impersonalis enim promissio quoad promittentem tamen inducit obligationem, quia ex praecedenti interrogatione interpretanda est *L. 9. §. 5. de interrogationibus in iure fac.* Conf. STRYK. *c. l. sect. 2. cap. 5. §. 4.* praesertim autem HOPPII diss. *de iure impersonali.*

exiguntur. Iam vero quod ad consultorem spectat, id cauemus, vt vanitatem orationis spernat, & dolo abstineat, quum fraus & malitia numqum impunita sit, vt adeo dignissimum notabile dictum, quod pueri olim Romae decantabant: *y) malum consilium consultori pessimum* z), etiam hodie ex legum auctoritate verissimum habendum sit. Dein vero consiliarius caute concipiat verba necesse esse, ne iis mandatum aut persuasio excedens contineatur, quae dantem semper obligant. Quocirca consiliarius sibi prospicere potest, quando intentionem se obligandi non habet, si dicat: v. c. suadeo tibi, vt pecuniam Titio credas, quod tamen tuo arbitrio relinquo; Ohne Maasgebung wäre dies mein Rath, vel Ich hielte es für gut und, rathsam, daß Sie ihr Geld dem Titio leihen; allein ich heisse es Ihnen nicht, Sie mögen machen, was Sie wollen. Illud autem praecipue suademus, vt consiliarius protestationem consilio addat, se nolle de infelici successu teneri; v. c. dafür kann ich nicht stehen oder gut sagen; aut, quamuis emtoris qualitates nonnullae exponantur, dicat: Sie können dem Herrn N sicher creditiren, ich kenne ihn, er hat Vermögen, doch müssen Sie freilich wissen, was Sie zu thun haben, und ich kann dafür nicht stehen. Tum enim monstrat magis, quam mandat, etiamsi laudet nomen, *L. 2. D. de proxeneticis.* atque tempestiue interposita protestatio, se commendatione sua obligari nolle, luculenter docet. Denique nihil superest quam monere

y) Originem huius dicti explicat GELLIVS *in Noct. Attic. Lib. 4. cap. 5.*

z) Germani id ipsum haut ineleganter exprimunt ita: Untreu und Bosheit schlägt seinen eigenen Herrn.

nere, vt quisque, in primis autem qui ſub lege Lubecenſi viuunt, a conſilio ſponte dato, quod, licet generalibus & indeterminatis locutionibus conceptum ſit, tamen interceſſionem parit, abſtineat, nec temere quemdam alterius fidei committat; ſed vt animo ſemper infixi ſint HORATII *Epiſt. Lib. 1. epiſt. 18.* de commendatione canentis verſus, quos ob rei noſtrae adfinitatem adponere nemo nobis vitio vertet:

Qualem commendes, etiam atque etiam adſpice; ne mox
Incutiant aliena tibi peccata pudorem.
Fallimur, & quondam non dignum tradimus: ergo
Quem ſua culpa premet deceptus omitte tueri:
Vt penitus notum, ſi tentent crimina, ſerues.
Tuteriſque tuo fidentem praeſidio: qui
Dente Theonino quum circumroditur, ecquid
Ad te poſt paulo ventura pericula ſentis?
Nam tua res agitur, paries quum proximus ardet:
Et neglecta ſolent incendia ſumere vires.

FINIS.